

TARTU ÜLIKOOL
EUROOPA KOLLEDŽ

Magistritöö

Rait Sannik

**AVALIKU JA ERASEKTORI PARTNERLUSE ALUSED EL RIIGIHANKEÕIGUSE
PARADIGMAS**

Juhendajad: Urmas Arumäe, PhD
Uku Varblane, MA

Tartu 2013

Olen koostanud töö iseseisvalt. Kõik töö koostamisel kasutatud teiste autorite seisukohad, ning kirjandusallikatest ja mujalt pärinevad andmed on viidatud.

.....
/töö autori allkiri/

Kaitsmine toimub 30 mai 2013. aastal Lossi 36 auditooriumis 103.

Retsensent: Aare Pere, MA

Pealkiri: Avaliku ja erasektori partnerluse alused EL riigihankeõiguse paradigmas

Pealkiri võõrkeeles: Public and Private Partnership on basis of EU procurement paradigm

Autor: Rait Sannik

Juhendajad: Urmas Arumäe, PhD ja Uku Varblane, MA

Oponent: Aare Pere, MA

Aasta: mai 2013

Töö originaalkeel ja maht: eesti, 79 lk

MAGISTRITÖÖ

Lühikokkuvõte uurimistest ja aktuaalsusest

Magistritöö eesmärgiks oli uurida EL tasandil hetkel kehtiva õigusruumi arengut ning selle mõju siseriiklikule riigihankeõigusele, kus täna PPP õigusraamistik ja nendest tulenevad eeskirjad sisuliselt puuduvad. Selleks toodi uurimuses välja olulisus, miks tuleb lähtuda EL toimimise lepingu põhimõtetest ning nendest tulenevatest hankedirektiividest. Täiendavalt leiab magistritöös eraldi käsitlemist ka õigusmajanduslikust analüüsist lähtuv vajadus luua uusi õiguslikke institute ning teha selleks vastavad ettepanekud, mis aitaksid EL riigihankeõiguse rakendamisel luua selgeid aluseid PPP- projektide kavandamiseks ja rakendamiseks läbi õiguslikult siduvate tähenduste ja piiride.

Meetod

Uurimistöös analüüsiti kriitiliselt Eesti ja EL asjasse puutuvaid õigusakte, raporteid, juhiseid ja senist kohtupraktikat, vähesel määral tuginedes varasematele empiirilistele uuringutele, teiste EL liikmesriikide praktikale ja normatiivaktidele.

Uurimistulemused

Töö tulemusena selgus, et PPP valdkond on nii EL riigihankeõiguses, kui ka Eestis tervikuna alareguleeritud, mistõttu on olukord turul läbipaistmatu, konkurentsi kahjustav ning EL siseturu kontekstis tõsiseid turutõrkeid tekitav. Oluline on siin vähemalt riigi tasemel määratleda poliitilised eesmärgid, kas tegevuskavana, juhenditena või muude dokumentidena, seda eriti veel olukorras kus puudub vajalik detailne ja selge regulatsioon.

Kas ja miks peaks teemat edasi uurima.

Teemat on oluline edasi uurida, kuna töö nõutavat mahtu arvestades jäi analüüsimate halduskoostööga seonduv ehk avalike teenuste delegerimine halduslepingute alusel ning institutsionaliseeritud PPP-ga seonduv. Autori arvates on antud teemad eraldi käsitletavad ning uurimist vajavad, mille osas saab antud töö olla aluseks vastavasisulise edasiarenduse korraldamiseks

Märksõnad: Riigihanked, EL riigihankeõigus, EL Toimimise leping, PPP

SISUKORD

SISSEJUHATUS	6
1. Avaliku ja erasektori partnerluse olemus ja raamistik Euroopa Liidus	10
1.1 Avaliku ja erasektori partnerluse õiguslikud alused, tunnused ja erinevad vormid	14
1.1.1 Õigusliku olemuse määratlus ja tunnused	15
1.1.2 Partnerluse erinevate vormide jaotus.....	19
1.2 Avaliku ja erasektori partnerluse rakendusvaldkonnad ning riskide määratlus	22
1.2.1 Ehitustööde ja teenuste kontsessioonide korraldused.....	22
1.2.2 Riskide juhtimine ja jaotus	23
1.3 Avaliku ja erasektori partnerluse õigusmajanduslik käsitlus	26
1.3.1 Õigusmajandusliku analüüsi olulisus	26
1.3.2 Riigihangete ja partnerlusprojektide võrdlus- ja tasuvusanalüüs	27
1.4 Avaliku ja erasektori partnerluse koht Euroopa majanduses	31
2. Euroopa Liidu riigihankeõiguse rakendatavus avaliku ja erasektori partnerluse korraldamisel	33
2.1 EL toimimise lepingust tuleneva kohaldamine EL riigihankeõiguses	34
2.1.1 Kaupade, teenuste vaba liikumine ning asutamisvabadus	35
2.1.2 Võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise, läbipaistvuse, konkurentsi tagamise põhimõtete rakendamise alused	38
2.2 Avaliku ja erasektori partnerluse käsitluse areng EL riigihankeõiguses	40
2.2.1 Ebapiisavad partnerluse alused EL riigihankeõiguses.....	41
2.2.2 EL riigihankeõiguse ühtlustamise vajadus hankedirektiividest tulenevalt.....	43
3. Avaliku ja erasektori partnerluse alused ja rakenduspraktika Eestis	46
3.1 Riigihankeõiguse poliitika ja selle mõju avaliku ja erasektori partnerluse korraldamisele	47
3.2 Siseriiklikud õigusallikad ja nendest tulenevad erandid ning piirangud	50
4. Avaliku ja erasektori partnerluse kontrollimeetmed ning rikkumistest tulenevad tagajärjed	57
4.1 Teostatava järelevalve ulatus Eestis	57
4.1.1 Siseriiklik järelevalve määratlus.....	57
4.1.2 EL tasandil rakendatavate kontrollimeetmete tõhusus	59
4.2 Avaliku ja erasektori partnerluse korraldamisega seotud rikkumised ja nende tagajärjed	60

Kokkuvõte	63
Lühendid	68
Kasutatud allikate loetelu	68
Kasutatud õigusaktid:	68
Kasutatud kohtupraktika:	71
Euroopa Kohtu kohtulahendid	73
Muud materjalid.....	73
LISAD	76

SISSEJUHATUS

Euroopa Liidu (EL) liikmesriikide riigihangete turg peab olema EL riigihankeõiguse kohaselt avatud kõikidele liikmesriikide turuosalistele ning ühtede liikmesriikide turuosalistel peab olema võimalus konkureerida riigihangetel teistes liikmesriikides. Piiriülese konkurentsi ärakasutamine riigihangete turul annab hankijatele paremad valikuvõimalused hanke objekti kvaliteedi ja hinna suhtes. Ka avaliku ja erasektori partnerlusprojektid (PPP) on osaks riigihanke turust ja sellest tulenevalt kohaldub neile riigihankeõigus, mis peab tuginema EL toimimise lepingu põhivabadustele ja nendest väljaarendatud võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise, läbipaistvuse ja konkurentsi tagamise põhimõtetele. Selleks, et riigihangetel kohaldataks tunnustatud üldpõhimõtteid ja riigihanked liikmesriikides toimuksid ühetaoliste reeglite kohaselt, on Euroopa Parlament ja Nõukogu sätestanud vastavad reeglid hankedirektiivides. Hankedirektiivide eesmärk on tagada EL toimimise lepingu üldpõhimõtete järgimine riigihangetel ja riigihangete avamine konkurentsile¹, mida on kinnitanud ja ka edasi arendanud Euroopa Kohus oma senistes kohtulahendites.

Viimastel aastatel on Eestis ja EL tervikuna PPP projektid arenenud edasi paljudesse uutesse valdkondadesse. Peamiselt on erasektori võimalusi kaasatud eelkõige kohalike omavalitsuste ees seisvate ülesannete lahendamiseks, riiklikul tasemel on PPP rakendatavus väiksem. Hoolimata küllaltki pikaajalisest praktikast EL-s tervikuna, ei ole välja kujunenud konkreetseid seisukohti PPP küsimustes, olemasolevad hankedirektiivid käsitlevad nimetatud projekte üksnes mõistete määratlusena. Näiteks puudub EL õiguses ja samuti ka Eesti õiguskorras PPP projektide selge legaaldefiniitsioon. Samuti ei suudeta alati seostada PPP mõistet kontsessioonidega, mida peetakse PPP- de alaliigiks. Vaatamata EL tasandil esinevale määratlematusale, on Euroopa Kohus kontsessioonide määratlemisel asunud seisukohale, et isegi kui riigihange ei kuulu riigihanked käsitlevate EL direktiivide kohaldamisalasse, peab hankija järgima EL toimimise lepingu (EÜ asutamislepingu) aluspõhimõtteid, eelkõige asutamisvabaduse, teenuste osutamise vabaduse, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtteid.² Probleemi olemust on teadvustanud ka Euroopa Parlament, kelle tegevuse tulemusena võeti 2004 aastal siseturu strateegia 2003–2006 raames vastu roheline raamat PPP ning ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal.³ Vastavalt rohelistes

¹ Rahandusministeerium, Riigihangete juhised, 2007. – Arvutivõrgus: www.riigihanked.riik.ee (täiendatud 23.11.2012)

² RKHKm 3-3-1-66-10

³ Euroopa majandus ja sotsiaalkomitee arvamus, roheline raamat PPP koostöö ning ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal. - ELR C120/103, COM, 2004.

raamatus toodule jõuti järeldusele, et olenemata sellest, kas teiseste õigusaktide sätted kehtivad, tuleb vaadelda kõiki akte, millega riigiasutus annab majandustegevuse teostamise üle kolmandale isikule, EL toimimise lepingust tulenevate reeglite ja põhimõtete, eriti läbipaistvuse, võrdse kohtlemise, proportsionaalsuse ja vastastikuse tunnustamise põhimõtete valguses.

Arvestades PPP valdkonna problemaatilisust EL õigusruumis sh Eestis väljakujunenud olukorda, on enamik kohalike omavalitsusi hakanud korraldama koostööd erasektoriga oma parima äranägemise kohaselt omamata seejuures täpsemat teadmist PPP-projektide olemusest ja võimalustest. Vähe teatakse ja antakse endale aru PPP-projektide negatiivsetest külgedest (konkurentsi intensiivsuse vähenemine, õigusmajanduslikult kallis, kontrolli määratlematus, vähene riskide jaotus jne). Läbivaks probleemiks on PPP- projektides partneri leidmine ilma konkurssi korraldamata, mis heidab PPP-projektidele läbipaistmatuse tõttu halba varju avalikkuse silmis ja soodustab korruptsiooni võimalikust, mille osas otsitakse magistritöös põhjendusi ka PPP-ga seotud teoreetilistest käsitlustest. Teinekord lihtsalt ei saada aru, et tegemist on PPP-projektiga ning seetõttu ei leia ka käimasolev projekt alati korrektset raamatupidamislikku kajastamist ning vajalikud riskid jäävad ebaproportsionaalselt tihti avaliku sektori poole kanda.

Magistritöö eesmärk on leida vastused püstitatud uurimusküsimustele, et seeläbi uurida EL tasandil hetkel kehtiva õigusruumi arengut ning selle mõju siseriiklikule riigihankeõigusele, kus täna PPP õigusraamistik ja nendest tulenevad eeskirjad sisuliselt puuduvad. Seega lähtuvalt antud eesmärgi püstitamisest, on töö autor esitanud järgmised uurimusküsimused: 1) Kas PPP praktika EL õiguse tasandil on süsteemne ning piisavalt õiguslikult reguleeritud sh teoreetiliselt sisustatud ning 2) Millises ulatuses on tagatud PPP projektide teostamisel riiklikul ja EL tasandil läbipaistvus ja kontrollitavus (EL toimimise lepingust tulenevate nõuete järgimiseks)?

Arvestades uurimusküsimustega püstitatud eesmärgi, tuuakse tehtavas uurimuses välja olulisus, miks tuleb lähtuda EL toimimise lepingu põhimõtetest ning nendest tulenevatest hankedirektiividest ning pakutakse välja võimalikud lahendused koos soovitustega. Täiendavalt leiab magistritöös eraldi käsitlemist ka õigusmajanduslikust analüüsist lähtuv vajadus luua uusi õiguslikke institute ning teha selleks vastavad ettepanekud, mis aitaksid EL riigihankeõiguse rakendamisel luua selgeid aluseid PPP- projektide kavandamiseks ja rakendamiseks läbi õiguslikult siduvate tähenduste ja piiride.

Töö autori sügavam huvi antud valdkonna täpsemaks uurimiseks tuleneb seejuures asjaolust, et autor on isiklikult osaletud Riigikontrolli auditi „Avaliku ja erasektori koostöö kohalikes omavalitsustes“⁴ menetlustoimingute teostamisel ning Riigikogule esitatud aruande koostamisel, mille raames tuvastati mitmeid olulisi riigihankeõiguse rikkumisi sh EL õiguse alaseid olulisi rikkumisi. Samuti on autor osalenud ÜRO egiidi all tegutseva rahvusvahelise organisatsiooni INTOSAI riigihankeõiguse ja PPP-de kontrollimist puudutavates töörühmades, millede raames on püstitatud eesmärged valdkonna täpsemaks hindamiseks, reguleerimiseks ja kontrollimiseks erinevate maailmariikide ulatuses.

Antud juriidiline analüüs põhineb võrdleva, süstemaatilise ja loogilise meetodi kasutamisel. Uurimistöös püstitatud küsimustele vastuste leidmiseks kirjeldatakse käsitletavaid institute osaliselt teaduslikult ning analüüsitakse kriitiliselt Eesti ja EL asjasse puutuvaid õigusakte, raporteid, juhiseid ja senist kohtupraktikat, vähesel määral tuginetakse varasematele empiirilistele uuringutele, teiste EL liikmesriikide praktikale ja normatiivaktidele. Õigusmajandusliku analüüsi osas üritatakse tegeleda seniste riigihankeõigusega seotud õigusnähtuste selgitamisega sh õiguse tõlgendamise teooriast lähtuvalt, selgitamaks välja, millised on seniste reeglite sh siseriiklike reeglite toime ja suhe, miks need on sellisel kujul kehtestatud. Samuti hinnatakse PPP projektide tasuvust lähtuvalt riigihangete korraldamise võrreldavusest.

Töös uuritakse läbi Riigikontrolli poolt teostatud intervjuude ja PPP INTOSAI töörühma ettekannete ja protokollide analüüsimise, milline on EL liikmesriikide ja siseriiklike järelevalveorganite suhtumine PPP projektide korraldamisse ning millised on EL toimimise lepingust tulenevate põhivabaduse reeglite rikkumistele kohaldatavad sanktsioonid. Peamiselt tuginetakse EL riigihankeõiguse tõlgendamisel seostele õiguse tõlgendamise teooriatele mahuks, mis oleks vajalik probleemide selgitamiseks. Allikmaterjalidena on töös käsitletud erialakirjandust, erinevate liikmesriikide ja EL normatiivakte, kohtulahendeid, perioodilistes väljaannetes avaldatud artikleid. Erinevate EL liikmesriikide õigusaktidele tuginetakse võrdluse eesmärgil, et tuua välja PPPde paremaid praktikaid.

Selleks, et täita töö eesmärk, on töö üles ehitatud neljast osast, mis on lõppkokkuvõttes aluseks järelduste ja soovitude tegemisele. Esimeses osas käsitletakse PPP olemust ja selle

⁴ Riigikontrolli aruanne „Avaliku ja erasektori koostöö kohalikes omavalitsustes“ Riigikogule, Tallinnas, 3 aprill 2012. – Arvutivõrgus:

<http://www.riigikontroll.ee/DesktopModules/DigiDetail/FileDownloader.aspx?FileId=11533&AuditId=2235>

teoreetilist raamistikku. Peamiselt keskendutakse eelkõige PPPde õiguslikule olemusele, kuid tuuakse eraldi välja PPP valdkonnad ja nendega seotud riskide määratlused ja poolte vahelised riskide võimalikud jaotused. Samuti tuuakse ära ka PPP- projektide eesmärkidega seotud olulised probleemid. Eraldi leiavad üldistavamalt käsitlemist ka peamised õigusallikad erinevates liikmesriikides sh eraldi PPP valdkonda reguleerivad õigusaktid ja nendest tulenevad piirangud ning PPPde koht praeguses Euroopa majanduses, kus PPPsid on peetud võimalikuks päästerõngaks, et aidata Euroopa majandus välja sügavast madalseisust. Kuigi PPP määratlus on väga lai, piirduakse käesoleva uurimuse teostamisel PPP olemuse määratlust lähtuvalt lepingupõhise partnerluse uurimisega, jättes piiratud mahust tingituna vaatluse alt välja tavapärased institutsionaliseeritud PPP-d ja avalike teenuste delegeerimised, mida korraldatakse halduskoostöö korras halduslepingute alusel. Magistritöö teises osas keskendutakse siseturu põhivabadustele ja nende seostele riigihangete- ja kontsessiooniõigusega. Tuua välja vastavad seosed EL toimimise lepingu sätetega ning seostatakse need kohtulahenditega, mis on olnud aluseks riigihangeteõiguse sh PPP teostamisel oluliste põhimõtete kujunemisel. Kolmandas osas leiab kajastamist osaliselt võrdleva analüüsina PPP alused ja rakenduspraktika, keskendudes peamiselt Eesti näidetele. Vaatluse all on olemasolev siseriiklik õigus ja nende aluseks olevad strateegilised dokumendid PPP reguleerimise suunamiseks ja rakendamiseks. Neljandas osas analüüsitakse PPP- projektide üle teostatavat järelevalve ulatust ja võimalikku mõju rikkumistest tulenevatele tagajärgedele. Peamised järeldused ja soovitused leiavad kajastamist töö kokkuvõttes.

1. Avaliku ja erasektori partnerluse olemus ja raamistik Euroopa Liidus

PPP korraldus nii õigusteoreetiliselt kui õigusmajanduslikult eeldab fundamentaalsete aluste olemasolu ja määratlust. Tänapäevaks on kujunenud riigihankeõiguse kontekstis välja PPP hea valitsemistavad, kuid põhjalikumalt ei ole siiani uuritud riigihankeõigusega seostatavaid PPP fundamentaalseid printsiipe nagu printsipaali- agendi teooria, avaliku valiku teooria ja uue haldusjuhtimise (NPM) teooria. Need on peamised teooriad, mis moodustavad põhialused ning tagavad õiged tulemused PPP korraldamisel.⁵ Nende teooriate käsitlemisel on võimalik hinnata alles PPP tegelikku tähtsust suhtes erasektori ja avaliku sektori vahel⁶. Töö autor käsitleb järgnevalt PPP olemuse määratlemiseks vajalikke teooriaid täpsemalt.

Olulisi elemente sisaldab PPP jaoks NPM mudel. Antud mudel põhineb neoliberaalsel arusaamal riigist ja majandusest ning pooldab äri- ja turupõhimõtete ning juhtimistehnika toomist erasektorist avalikku sektorisse.⁷ Sisult on NPM eesmärk propageerida avalike teenuste efektiivsema osutamise võimalusi läbi erastamise ning lepingulise delegeerimise, asetades rõhu avalike teenuste kvaliteedile⁸. NPM mudeli kriitika seisneb peamiselt asjaolus, et organisatsiooni toimimise efektiivsust tuleb hinnata suhtes eesmärkidega, kuid avalikus halduses on need erinevad sellest, mis toimib erasektoris.

NPM saab edukas olla “ehtsate” teenuste reformimisel (tervishoid, haridus, transport, side, energia), mitte aga “tuumülesannete” täitmise parandamisel. Sisult märgitakse NPM teooria kohaselt, et PPP saab mängida olulist rolli, kuid seda üksnes piiratud juhtudel⁹. NPM sisuna saab seejuures määratleda: üleminek tulemusjuhtimisele (“väljundiorientatsioon” “sisendiorientatsiooni” asemel); “kliendiorientatsioon” (teenindamisfilosoofia ja “klientide” rahulolu halduse legitimatsioonikriteeriumina); haldustegevuse “kuluorientatsioon” (“teenuse” osutamise ja selleks tehtud kulutuste eest ühendatud vastutuse sisseseadmine);

⁵ N. Awortwi. Getting the Fundamentals wrong: woes of PPP in solid waste collection in three Ghanaian cities. - Public Administration and development, dev. 24, lk 213-224, 2004.

⁶ T. Bovaird. PPP: from contested concepts to prevalent practice. - International Review of Administrative Sciences, vol 70 (2), lk 206, 2004.

⁷ M. Murumägi. Avaliku ja erasektori koostöö alused ja korraldus kohalikus omavalitsuses. Magistritöö. Tallinna Tehnikaülikool. Lk 10. 2007.

⁸ SA Poliitikauuringute Keskus Praxis. Kohalike omavalitsuse üksuse avalike teenuste lepinguline delegeerimine kodanikeühendustele. Tellija: Siseministeerium, analüüsi lõpparuanne, lk 14, 2009. – Arvutivõrgus: https://www.siseministeerium.ee/public/SIMDEL_raport.pdf

⁹ Ü. Madise. Eesti riigikontseptsioon, *New Public Management* ja haldusreform. - Riigikogu Toimetised 2, 2000. - Arvutivõrgus: <http://www.riigikogu.ee/rito/index.php?id=11648>

“teenuse”- e “tooteorientatsioon” (kõigi riigi toimingute, nii arstiabi kui elamis- või saasteloa andmine, käsitlemine teenustena (toodetena)).¹⁰

Teine oluline PPP korraldamise ja määratlemisega seotud käsitlus on avaliku valiku teooria (public choice theory), mille kohaselt on teenuste pakkumisel avaliku sektori poolt tulemuseks ülepakkumine ning ebaefektiivsus. Kui aga teenuste pakkumine välja delegeerida, viib konkurentsitingimus tõhusama ja parema teenuse pakkumiseni.¹¹ Ebeefektiivsuse tekitab antud teooria kohaselt tõenäoliselt asjaolud, et tihti igaüks püüab läbi suruda oma huvisid tema jaoks kõige efektiivsemal viisil, kuigi üldpildis ühiskonna terviku jaoks ei pruugi tulemus sellisel juhul olla efektiivne. Eriti saab vastavat asjaolu eeldada poliitika tegemise korral, kus erakondadel ja poliitikutel on tihti omad huvigrupid, kellele ideedele toetutakse. Autori arvates on ka PPP projektide teostamine muutunud varjatult poliitikute vahendiks, sest poliitikud tahavad nt alati enne valimisi teostada nn projekte „lintide lõikamine“ ja näida maksumaksjale kasulikuna enne valimisi, kuid poliitikutel ei ole projektide teostamiseks vajalikke vahendeid, mistõttu jõuavad nad ka PPP teostamise vajaduse juurde. Seega on antud teooria puhul tegemist klassikalise majanduslik bürokraatia kriitikaga, mille kohaselt on bürokraatia ebatõhus valitsemisvorm. Avaliku valiku korral on tagatud hindade võrdlemine, millega tekib ka teenuste reaalne hind ehk läbi konkurentsieeliste tagatakse parim valik ning ohjeldatakse omakasupüüdlikkust. Samas märgitakse PPP kontekstis, et PPP ei lähe selle teooria kohaselt piisavalt kaugele – PPP on poolikuks lahenduseks selle teooria rakendamisel, täielik privatiseerimine tagab alles kõige parema tulemuse¹².

Kolmanda tähtsust omava teorianäide on toodud PPP-de kontekstis välja printsipaali- agendi teooria, mille juures on samuti keskseks küsimuseks osapoolte huvid. Täiuslik turg eeldab täiuslikke teadmisi (informatsiooni) turul toimuva kohta, informatsiooni pidevat kontrollimist ja täiendamist. Reaalselt on seda üsna võimatu avalikus sektoris saavutada, kuid koostöös erasektoriga on see palju reaalsem. Lähtuvalt teooriast võib üks indiviid (agent) tegutseda lähtudes oma huvidest ja eesmärkidest, teise indiviidi (printsipaali) heaolu või kasum aga sõltub esimese toimimisest. Seda nimetatakse printsipaali-agendi suhteks, mida esineb igas majanduselu valdkonnas. PPP suhtes saab erapartner (agendina) taotleda oma eesmärgi, mis mõjutavad avaliku sektori (printsipaali) kvaliteeti ja avalikkuse heaolu¹³. Printsipaali- agendi teooria kasutamisega on põhjendatud sisuliselt ka riskide jaotamist/ üleandmist, kus teooria kohaselt üks osapool printsipaal

¹⁰ Ü. Madise. RiTo, 2, 2000.

¹¹ SA Poliitikauuringute Keskus Praxis. Lk 16. 2009.

¹² T. Bovaird. lk 206, 2004.

¹³ E. Ulst. Avaliku sektori ökonoomika. TÜ Kirjastus. 1998.

on lepingus teise osapoolega ehk agendiga, et see kannaks riske tema eest¹⁴. Sama teooriaga seotud probleemiks saab pidada aga olukorda, kus agent, saades printsipaalilt ressursid ehk avalikkuse ressursid, saab kasutada nende potentsiaali oma huvides, eirates avaliku sektori ehk avalikkuse huvisid. Seetõttu kui peaks esinema informatsiooni asümmeetria, siis ei toimi see suhe tõhusalt. Üldiselt kindlustavad nn erapartnerid end informatsiooni asümmeetriast tulenevate kahjude vastu väga mitmesuguste vahenditega, nagu pant, hüpoteek, kindlustuspreemia. Informatsiooni asümmeetria võib siin viia turu äpardumiseni. Eestis on PPP teostamise näidetena tavapärane kindlustada projekt selles osas hoonestusõiguse seadmisega, mis omakorda on tagatiseks pankadele võimalike laenude katteks.

Arvestades eeltoodud teoreetilisi käsitlusi, siis ei ole PPPde teostamisel ka vähem tähtsad muud teooriad, milledest õigusmajanduslikult oleks tähtis ka tehingukulu teooria, mis mõjutab PPP korral mõlema osapoole tugevuste ühendamise raames avaliku sektori teenuseid nii kvantitatiivselt kui ka kvalitatiivselt. Õigusmajanduslikult on PPP- de puhul tehingukulud suured. Tehingukulu teooria kohasel on nendeks kuludeks infootsingu kulud, läbirääkimistega seotud kulud, lepingu kohane järelevalve ehk kontrollikulud sh vaidlustused jne¹⁵. Kuna PPP valdkond on seotud paljuski ebamäärasusega, siis on tehingukulud paratamatult suured. Tehingukulu teooria kohaselt võiks eeldada, et PPP teostamisel ei tohiks tehingukulud ületada loodetavat kasu, mis võib väljendada ka teatud osas sotsiaalses heaolus.¹⁶¹⁷ Sisuliselt tähendaks see seda, et oluline on PPP projekti maht, küsitav on väiksemate PPP projektide korraldamine, kus tehingukulud paratamatult ei tasu ennast ära. Seega eeldab PPP vormide kasutamine suuremate projektide teostamist, mis on tegelikkuses PPP teostamisel üheks suureks probleemiks ka Eestis. Samale järeldusele on jõudnud ka Kaitseministeeriumi esindaja leides, et väiksemate PPP teostamisel ei suudeta üldjuhul täita PPP eesmärki.¹⁸

PPP olemuse sh teoreetiliselt täpse ja selge määratluse puudumine on siiani olnud EL tasandil üheks põhiliseks takistuseks, et tekitada vajalik ühtne õigusraamistik. EIB andmetel on EL-s PPP mõiste kasutusel juba 1990 aastatest, kuid siiani puudub Euroopas ühtne PPP mudel ja teoreetiline käsitlus. EL 2009. a koostatud ülevaatlikus PPP aruandes eristatakse Euroopa kontekstis riike, kes on PPP mõiste võrdsustanud ainult kontsessioonidega, kus teenust

¹⁴ E.Reeves and J. Ryan. Piloting PPP: Expensive Lessons from Ireland's Schools Sector. – Public Money & Management. Lk. 332. 2007.

¹⁵ T. Bovaird. lk 206, 2004.

¹⁶ A.R. Vinning, A.E. Boardman. PPP in Canada: Theory and evidence, Canadian Public Administration, vol 51, no 1. 2008.

¹⁷ F. Martin Jose M. The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis Clarendon Press. Oxford, 1996.

¹⁸ M. Sahk. Riigikontroll. Memo. Kaitseministeeriumi kohtumine. 2011.

pakutakse kontsessiooni raames ning maksmine toimub avalikkuse poolt, teistes riikides on samas PPP mõiste väga laia käsitlemisega, kus peetakse PPP-deks igasuguseid erinevaid hankeid ja ühissettevõtteid avaliku ja erasektori vahel.¹⁹ Kahjuks ei ole autori hinnangul ka senises õiguskirjanduses üheselt ja lõplikult suudetud vajalikku partnerluse olemust määratleda. Osaliselt on see ka mõistetav, sest tegemist on ikkagi väga keerukate projektidega, millede osas on täna ka erinevates EL liikmesriikides tekkinud juba erinevad vormid ja õiguslikud alused. Jättes kõrvale avaliku halduse senise käsitlemise PPP- st, siis on võrreldes õigusteoreetiliselt tegemist erineva PPP piiritlemisega, näiteks kasvõi riigihankeõigusest lähtuvalt. Autor käsitleb PPP olemust lähtuvalt kitsamast tähendusest, kus igasugust partnerlust ei saa nimetada PPP- ks, vaid PPP käsitus eeldab teatud institutsioonide ja õiguslike elementide olemasolu.

EL liikmesriikide tänase majanduskliima valguses on PPP-ga seonduv muutunud aktuaalseks ka eriti avaliku halduse ökonoomikaga seoses, EL-s on hakatud suunduma rohkem eramajandamise komponentide juurde, ehk toetutud on erasektori teadmiste ja oskustele, et seeläbi tagada parem teenuste kvaliteet. Selline avaliku sektori koormuse jagamine eeldab avaliku raha kasutamist ning tihti poliitilist otsustust. PPP eelistena tuuakse seejuures välja asjaolud, et läbi PPP saab avalik sektor leida rahaliselt soodsama lahenduse (better value for money), hoida kulusi madalana, teenuste kvaliteeti kõrgel ja hallata väiksemaid riske²⁰. Seega sisuliselt toob autori arvates selline partnerlus kaks täiesti erinevat osapoolt kokku vastastikuse kasu eesmärgil, eesmärgiga pakkuda võimalikult hea kvaliteediga avalikke teenuseid.

Partnerluse eesmärk on valdavalt tuua seejuures esile mõlema poole parimad omadused nagu näiteks efektiivne juhtimine ja vajalike investeeringute tegemine ehk riskide võtmine. PPP korraldamisel on oluline tähendus efektiivsusel, sest PPP oma olemuselt peaks tagama rahade otstarbeka kasutamise, kuid kas see ka kõikide projektide korral nii on, julgeb käesoleva töö autor kahelda. Vajaliku efektiivsuse saavutamine eeldab aga konkurentsi eeliste ärakasutamist, sest just erasektoris valitseb vajalik konkurents, mis sunnib aga konkurendist reeglina paremini pingutama. Efektiivsuse hindamine antud partnerlusprojektide korral ei ole alati lihtne, kuna PPP projektide tegelikku tõhusust ja mõjusust on raske hinnata, sest PPP projektid on selleks liiga pikad ning projekti efektiivsuse hindamine on sõltuvuses terve PPP

¹⁹ A. Kappeler and M. Nemoz. PPP in Europe – before and during the recent financial Crisis. – EIB. Economic and Financial Report . lk 3-4. 2010/04.

²⁰ A. Santos Raquel and A. Andrade. Corporate Governance in Public Private Partnerships. - EPPL. Lk 209 . 4/2010.

projekti perioodiga. Kõige suurema efektiivsuse tagamiseks on vaja PPP projekti juhtida kõikides etappides edukalt, planeerimisel, opereerimisel kuini projekti lõpetamiseni (tagastamiseni)²¹. Näiteks võib PPP olla esimestel aastatel madalamate kasutustasudega ning alles mitme aasta järel muutuda oluliselt kulukamaks olukorras, kus tasud muutuvad reaalselt suuremaks. Vahenditeks, et tagada vajalik tulemuslikkus, on seostatav PPP korraldus hea valitsemistavaga, mille kohaselt peab PPP projekti korral olema tagatud läbipaistev protsess partneri valimisel, partnerite kaasotsustuse võimalus, aruandluse korraldus ning seeläbi vajalik efektiivsus²².

Kokkuvõtvalt saab PPP projektide olemuse osas märkida, et PPP eesmärk on eelkõige tagada strateegilistes valdkondades avaliku sektori kohustuste kiirem ja efektiivsem täitmine, et seeläbi pakkuda kõrge kvaliteediga avalikke teenuseid, mis looks maksumaksjate raha eest suurimat võimalikku väärtust. PPP projektide sisu seisneb pikaajalises partnerluses, mida iseloomustab asjaolu, et eraõiguslik partner, kes osaleb asjaomase projekti eri etappides (projekti väljatöötamine, elluviimine ja kasutamine), võtab endale selliseid riske, mis tavaliselt on omased avalikule sektorile, ning aitab sageli projekti rahastamisel. Samuti peab PPP korraldus ning õiguslik määratlus põhinema selgetel teooriatest tulenevatel printsiipidel, millede osas ei saa märkimata jätta ka üldisemalt seda, et PPP- de tegevus peaks tänapäevale kohaselt põhinema ka hea halduse põhimõtetel.

1.1 Avaliku ja erasektori partnerluse õiguslikud alused, tunnused ja erinevad vormid

Eestis ja paljudes teistes EL liikmesriikides kehtivad riigihangete alased õigusaktid aitavad tagada PPP-projektide läbipaistvust, mis on eriti oluline antud suuremahuliste ning kulutustelt rahvusvaheliste hangete mõõtu väljaandvate objektide ja teenuste puhul. Riigihanke protsess tagab huvitatud osapoolte piisava ja õigeaegse teavitamise projekti tingimustest ning suurendab rahvusvahelise konkurentsi tekkimise tõenäosust. PPP projekte korraldatakse enamasti ehituskontsessioonidena, näiteks teede, sildade, haiglate, koolimajade, tervisekeskuste, sadamate ja vanglate ehitamiseks ja nende edasiseks kasutamiseks lepingus ettenähtud aja jooksul.

²¹ New South Wales, Auditor- General. Performace audit report. Roads and Treffic Authority of NSW. 2009.

²² A. Santos Raquel and A. Andrade. EPPL. 4/2010.

Selleks, et tuvastada kehtiva EL õigusruumi mõju PPP projektide korraldamisele, on vaja selget PPPde käsitusraamistikku, mistõttu on autori arvates oluline eristada antud magistritöö juures liikmesriike, kus on PPP-de sh kontsessioonide teostamiseks kehtestatud eraldi õigusaktid ja võrrelda nendes liikmesriikide PPPde korraldust nende liikmesriikidega, kus eraldi PPP õigusaktid puuduvad. Võrreldes erinevate liikmesriikide siseriiklikke õigusakte, on eesmärk eelkõige tuua välja nende korrapäratus.

Sõltuvalt erinevate EL liikmesriikide õigusruumist, on osades riikides kehtestatud eraldi PPP ja (või) kontsessioonide seadused. Eestis vastavad seadused puuduvad ning Rahandusministeeriumi hinnangul puudub selle järele ka hetkel vajadus.²³ Sarnaselt Eestile puuduvad ka Ungaris, Tsehhis eraldi PPP raamseadused. Samas on hulgaliselt EL liikmesriikides nagu Poola, Läti, Iirimaa, Bulgaaria (2010), Rumeenia (2010), Sloveenia (2006), Leedu (2009), Serbia ja Makedoonia (2007), kus vastavad seadused on olemas.²⁴ Paljude juhtudel on nende seaduste väljatöötamisel olnud aluseks ÜRO rahvusvahelise kaubandusõiguse komisjon (Uncitral) koostatud mudelseadus PPP reguleerimiseks.²⁵

1.1.1 Õigusliku olemuse määratlus ja tunnused

EL õigusest me ühest õiguslikku regulatsiooni ei leia, mis käsitleks piisava põhjalikkusega PPP- projekte. PPP- projektidega seotuse võib leida esmaste õigusallikatest tulenevalt ehk lähtuvalt EL toimimise lepingust. Nii PPP- projektide kui ka riigihankeõiguse tuumaks saab eelkõige pidada siseturu toimimist tagavaid vabadusi ehk kaupade, isikute²⁶ ja teenuste vaba liikumist ning asutamisvabadust (EL Toimimise leping (EÜ Asutamisleping, art 28, 39, 43, 49)). Peale eelneva on ka PPP- projektide puhul oluline juhinduda EL toimimise lepingu diskrimineerimise keelu sätetest (EL Toimimise leping (EÜ Asutamisleping, art 12)). Antud diskrimineerimise sätet on tõlgendatud ja analüüsitud põhjalikult ning laiendatud selle mõiste käsitlust igasugusele diskrimineerimisele sh laiendades seda nii füüsilistele kui ka juriidilistele isikutele. Lisaks saab seda laiendada ka tehingutest tulenevatele kaupadele või teenustele.

Eraldi on ka kaupade, isikute ja teenuste vaba liikumise ning asutamisvabaduse sätetest Euroopa Kohus tänaseks arendanud välja võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise,

²³ A. Peedu, K. Teder. Riigikontroll. Intervjuu protokoll. Rahandusministeeriumi esindajatega kohtumine. 2011.

²⁴ S. Kirsipuu. Rahandusministeerium. ettekanne PPP- de kohta. 22.05.2012.

²⁵ ÜRO. UNCITRAL. PPP mudelseadus. New York. 2004.

²⁶ EK 22.06. 1993, C-243/89.

konkurentsi tagamise ja läbipaistvuse põhimõtted. Tegemist on nn kirjutamata esmase õigusega, mis on olnud määravaks paljude EL liikmesriikide siseriikliku riigihankeõiguse välja kujunemisel. PPP alaliigina käsitlevate kontsessioonide osas on EL tasemel valitseva ebaselguse likvideerimiseks ja õiguskindluse tekitamiseks tehtud vajalik seadusandlik algatus esitades EL liikmesriikidele kontsessiooni direktiivide eelnõud arvamuste avaldamiseks, mis annab lootust vähemalt kontsessioonide valdkonnas mingile õigusselguse tekkimisele, direktiividega seonduvat käsitleb autor töö teise peatüki osas.

Eestis reguleerivad PPP- projektidega seonduvaid küsimusi peamiselt riigihangete seadus (RHS), halduskoostöö seadus (HKTS) ja raamatupidamise toimekonna juhendid (RTJ) nr 17 ja 9. RHS-ga pannakse paika eelkõige alused PPP struktureerimisele, sätestatakse piirangud erapartneri valimisele ning antud regulatsiooni mittejärgimine võib viia kogu hanke sh PPP-projekti ja kogu projekti vaidlustamiseni ning tühistamiseni. Kuna PPP projekte rakendatakse ka riigi ja KOVide avalike ülesannete täitmisel, siis kuulub haldusülesannete üleandmisega seonduv HKTS- se alla. HKTS reguleerib haldusülesannete üleandmist üksnes halduslepingute alusel, mitte tsiviilõiguslike lepingute alusel. Käesolevas töös on autor keskendunud eelkõige tsiviilõiguslike lepingutega seonduvale. Mis puudutab juba projektide ettevalmistamise faasi, siis on oluline hinnata RTJ nr 17 ja 9 alusel ka projekti hilisemat kajastamist raamatupidamises, et hinnata maksu- või finantsaruandluse riske.

Hoolimata küllaltki pikaajalisest praktikast, ei ole siiani välja kujunenud konkreetseid seisukohti PPP küsimustes. Sellest tingituna puudub nii EL õiguses kui ka Eesti õiguskorras PPP projektide legaalse definitsioon, mis iseloomustaks PPP õiguslikku olemust. Hetkel RHS kaudselt kehtiva definitsiooni ei saa kahjuks pidada PPP legaalse definitsiooniks (RHS § 6¹), kuna Rahandusministeerium on nimetatud sättega tahtnud reguleerida üksnes PPP laadsete lepingute hilisemat muutmist²⁷. Vastava ettepaneku tegi seejuures Kaitseministeerium, kelle selgituste kohaselt oli eesmärk teha seaduses PPP- ga seonduv konkreetsemaks, kuigi täpsemat analüüsi muudatuse sisu osas ei tehtud²⁸. Ebakõlade likvideerimiseks on teinud ka Riigikontroll Riigikogus RHS eelnõud menetlenud komisjonile vastavad märkused²⁹. Autor on ebamäärasuse vältimiseks ja ühtsete aluste määratlemise vajalikkusest lähtuvalt seni Eestis korraldatud PPP projektide põhjal kaardistanud PPP projektide peamised tunnused, millega saab täpsemalt tutvuda töö lisa 1 juures (Tabel 1).

²⁷ A. Peedu, K. Teder. Riigikontroll. Intervjuu protokoll. Rahandusministeeriumi esindajatega kohtumine. 2011.

²⁸ M. Sahk. Riigikontroll. Memo. Kaitseministeeriumi kohtumine. 2011.

²⁹ M. Ovijärvi. Arvamus. RHS muutmise seaduse eelnõu kohta. 2011.

Võttes aluseks erinevate liikmesriikide PPP määratluse, siis saab PPP raamseaduste kontekstis eristada järgmiseid iseloomulikke õiguslikke kriteeriumeid, mis olid aluseks ka Vabariigi Valitsusele esitatud analüüsile PPP-de kohta.³⁰³¹

- 1) Poola PPP raamseaduse kohaselt peab avaliku võimu organ enne lepingu sõlmimise otsustamist koostama analüüsi, et määrata kindlaks eelised ja ohud, mis võivad kaasneda erasektoriga partnerluse puhul. Kui analüüsi käigus selgub, et projekti teostamiseks on tarvis eraldisi riigieelarvest, peab selleks nõusoleku andma rahandusminister. Teade kavandatava projekti kohta avaldatakse vastavates ametlikes teadaannetes. Eraõigusliku partneri valimisele kohaldub RHS³².
- 2) Iirimaa PPP raamseadus sätestab, et pooltel on võimalik luua lepingu alusel PPP projekti teostamiseks ühisettevõtte või omandada osalus juba eksisteerivas ettevõttes avaliku organi poolt. Lepingus tuleb sätestada pakutava teenuse kvaliteedistandardid ning avalik sektor peab võimaldama erasektorile määratud ülesannete täitmist kogu lepingu vältel. Lepinguga erasektorile üleantavad ülesanded tuleb täita lepingupartneri poolt enda nimel, kusjuures avaliku sektori üksus teostab järelevalvet lepingu täitmise üle³³.
- 3) Taanis on reegel KOV-i laenude piiramiseks – sätestatud on piir ning kui seda ületada, siis tuleb teatud protsent ületatavast summast panna deposiiti (omavahendite arvelt). Olemas on rahvuslik tegevuskava PPP-projektide arendamiseks, mis sisaldab erinevaid tegevusi: pilootprojekti läbiviimine, standardlepingute väljatöötamine, juhendamine, veebileht, sektorianalüüsid, on eraldatud ka raha PPP-projektide edendamiseks (nt konsultatsioonikulud) KOV-ides, PPP-konsultantidega raamlepingute sõlmimine jne. Olulisemaks küsimuseks peetakse käibemaksuprobleemi – kui riigiasutus teeb, siis käibemaksu ei tule maksta, kui teenus ostetakse erasektorilt (PPP), siis lisandub käibemaks ja teenus muutub sellevõrra kallimaks

³⁰ Valitsuskabineti nõupidamine. Memorandum. 2006 (koos I. Murula analüüsiga).

³¹ I. Murula. Avaliku ja erasektori partnerlussuhete alase raamseaduse loomise vajalikkus. Bakalaureusetöö. Tartu Ülikool Õigusinstituut. Lk 25. 2006.

³² Poola PPP raamseadusest. – Arvutivõrgus: <http://www.centrum-ppp.pl/zarząd.2>

³³ State Authorities (PPP arrangements) Act. 2002. – Arvutivõrgus: http://ppp.gov.ie/wp/files/documents/legislation/state_authorities_act.pdf

- 4) Lätis on valitsuse poolt heakskiidetud PPP-poliitika raamdokument (PPP Policy Framework Document) ning samuti on heaks kiidetud PPP tegevuskava 2006-2009. PPP-projekte reguleerivad riigihangete seadus ja kontsessiooniseadus³⁴.
- 5) Leedus on PPP-projekte reguleerivateks seadusteks samuti RHS ja kontsessiooniseadus³⁵.

ÜRO rahvusvahelise kaubandusõiguse komisjoni (Uncitral) poolt on koostatud PPP mudelseadus³⁶, mille kohaselt peetakse oluliseks PPP korraldamise parandamist ja usaldusväarsuse tekitamist, et tagada projektide tulemuslikkus ja läbipaistvus. Mudelseaduse eesmärk peaks olema hõlbustada seejuures PPP projektide elluviimist ja pikaajalist jätkusuutlikkust, luues selleks läbi mudelseaduse soodsa õigusraamistiku. Eelkõige peaks vajalik PPP seadus sisaldama mudelseaduse näitel hankemenetluse sarnast menetluse liiki, mille alusel toimuks erapartneri valimine, selleks vajalike selgete kriteeriumite alusel koos kindlaks määratud läbirääkimiste korra alusel. Olulist rolli mängib ka vajalik kontsessioonilepingu sisu määratlus seaduses. Kuna tegemist on väga pikaajaliste lepingutega, siis mudelseaduses on selleks ettenähtud kõik vajalikud regulatsioonid omandiküsimuste lahendamiseks, rahastamiseks, hüvitiste määratlemiseks, lepingute pikendamiseks ja lõpetamiseks ning vaidluste lahendamiseks. PPP seaduse vajalikkuses on raske kahelda, sest nii senine praktika kui ka Riigikontrolli audititulemused³⁷ viitavad tungivale vajadusele valdkonna reguleerimiseks Eestis, kus oleks heaks algatuseks ka mudelseaduses toodud regulatsiooni kehtestamine. Kehtiv õigusraamistik Eestis, mis on EL tasandil üheks vähesteks näideteks, kus vastav regulatsioon puudub või on RHS kontekstis ebapiisav, vajab PPP- ga seonduv muutmist või eraldi regulatsiooni kehtestamist. Autori arvates on PPP ÜRO mudelseadus heaks aluseks ja näiteks, mille kaudu saaks tagada PPP projektide tulemuslikkus ja ka vajalik läbipaistvus. PPP raamseadust on peetud oluliseks ka hea valitsemistava kontekstis, mis tagaks PPP projektidele hea õigusraamistiku. Kuna investorid otsivad turvalisust ja kindlust oma investeeringute tegemiseks, siis eeldatakse, et seadus oleks võimalikult lühike, selge ja lihtne, mis tähendaks eelkõige sisulist paindlikust.

³⁴ Läti PPP raamdokument. 2000. - Arvutivõrgus:

http://www.fm.gov.lv/lv/sadalas/ppp/par_ppp/ppp_skaidrojums/

³⁵ Leedu PPPdega seonduv info. - Arvutivõrgus: http://www.ppp.gov.lv/fetch_1857.html

³⁶ ÜRO. UNCITRAL. PPP mudelseadus. New York. 2004.

³⁷ Riigikontrolli aruanne „Avaliku ja erasektori koostöö kohalikes omavalitsustes“ Riigikogule, Tallinnas, 3 aprill 2012. - Arvutivõrgus:

<http://www.riigikontroll.ee/DesktopModules/DigiDetail/FileDownloader.aspx?FileId=11533&AuditId=2235>

Hea PPP raamseadus tagab pikaajalise kindluse/perspektiivi ja atraktiivsuse kvaliteetse PPP projekti korraldamiseks läbi vajalike investeeringute tegemise³⁸.

1.1.2 Partnerluse erinevate vormide jaotus

PPP ülesehitus on paljuski sõltuv sellest, millist vormi partnerluseks soovitakse kasutada. Partnerluseks vajaliku vormi valimisel peaks peamiselt arvestama riskide suurusega, lepingu pikkusega, varade spetsiifikat, turu olukorda ja ka osapoolte võimekust. Vajaliku partnerluse vormi valimine on riigiti erinev lähtuvalt siseriiklikust õigusest. Eesti näitel toimuvad PPP projektid peamiselt põhimõttel, kus erasektori esindaja kasuks seatakse hoonestusõigus ning erasektori esindaja ehitab või korraldab vajaliku infrastruktuuri (nt kooli, munitsipaalalamu, spordikompleksi) ehitamise koos omapoolse finantseerimisega, mis üldjuhul toimub pankade vahendusel täiendavate hüpoteekide ja pantide seadmisega, ning avalik sektor tagab investeeringu tasuvuse tulevaste kasutustasude näol. Antud PPP projekti vormi käsitlemine Eestis on tekitanud laiemalt segadust ning väga tihti ei korraldata sellise hoonestusõiguse kaudu tehtud PPP projektide korral isegi RHS toodud vajalikku menetlust.

PPP korraldamisel on oluline, et enne vajaliku PPP vormi valikut kaalutakse avaliku sektori poolt traditsioonilise riigihanke korraldamist. Samuti peaks ka enne partnerluseks vajaliku vormi valikut määratlema projekti tingimused, et seeläbi saaks valida partnerlusprojekti jaoks sobivaima partnerlusvormi või hankeviisi. Autori arvates on hetkel Eesti kehtiva RHS tähenduses kõige korrektsem korraldada vastav PPP projekt kontsessioonina, mis oma sisult on PPP üks alaliike. Kontsessiooni mudel on EL hanketurul kõige enim tuntud mudel, mida iseloomustab otseside erapartneri ja lõpptarbija vahel.

Täiesti eraldi PPP vormina on uudse käsitlusena Suurbritannias kujunenud välja infrastruktuuri haldamiseks mõeldud PFI mudel (Private Finance Initiative), mis tähendab erafinantsinitsiatiivi. Antud vormi puhul ei seisne hüve mitte konkreetsetes tasus, mida tööde või teenuste kasutajad maksavad, vaid regulaarsete spetsiifiliste maksete vormis avaliku partneri poolt (fikseeritud maksed või seotud teenuste kättesaadavusega)³⁹. Kuigi ka sellise partnerluse käsitluse juures on sarnasusi tavapärase PPP korraldamisega, on tegemist Suurbritanniale omapärase partnerluse korraldamisega.

³⁸ A. Santos Raquel and A. Andrade. EPPL. 4/2010.

³⁹ G. M. Winch. Taking Stock of PPP and PFI Around the World. - Manchester Business School. Lk 9. London. 2012.

Lähtuvalt Euroopa Komisjoni senisest PPP projektide käsitlesest, eristatakse laiemat käsitlest juures EL-s järgmiseid PPP projektide liike⁴⁰:

- 1) Lepingupõhine partnerlus, mille puhul tuginetakse ainult lepingulistele suhetele ja seda ka riigihanke või kontsessiooniks liigitatud tellimuse kujul, ning;
- 2) Institutsionaliseeritud partnerlus, mille puhul koostöö toimub iseseisva õigussubjekti raames.

Antud Euroopa Komisjoni poolse käsitle kohaselt on eeltoodu puhul tegemist kahe kõrgemalseisva mudeliga, millest olulisem on lepingupõhine partnerlus, millele ka autor edaspidi peamiselt töö kirjutamisel on keskendunud. Institutsionaliseeritud partnerluse korral on tegemist eraldi laiemat käsitlesega, mis väga levinud EL liikmesriikides ei ole, kuid oma olemuselt on ühisettevõtte loomisega seotud. Ühisettevõtte moodustatakse avaliku ja erasektori vahel mõlemale osapoolle kasu toova projekti teostamiseks ühisomandis oleva äriühingu kaudu.

Lepingupõhise partnerluse korral tuginetakse ainult lepingulistele suhetele ja seda ka riigihanke või kontsessioonina liigitatuna. Nende eristamine ei saa olla kerge, sest riigihankemenetlused võimaldavad näiteks Eestis korralda tavahankele sarnaselt ka pikaajalise PPP tavapärase hankemenetluse vormina.

Võttes aluseks lepingupõhise partnerluse, siis on autori jaoks töö kirjutamisel olnud keeruline PPP vormide käsitlemisel nende täpne sisustamine erinevate riikide lõikes, sest samad mõisted on autori arvates tihti ka erinevate riikide põhiselt erinevalt sisustatud. Ühise nimetajana kasutatakse ka innovaatiliste lepingute osas DFBM lühimõistet, mis tähendab „Design, Finance, Building and Maintenance contract“. Tegemist sisult lepinguga, kus erapartner mitte ainult ei ehita, vaid ka hooldab valminud ehitist (kooli, teed või silda) teatud kindlaks määratud perioodil⁴¹. Lisaks on kasutusel ka teede ehitamise ja opereerimisega seotud projektide korral levinud mõiste DBFO, mis tähendab „Design, Build, Finance and Operate“, kus võrreldes teiste projektidega iseloomustab seda käsitlemist asjaolu, et ehitatud

⁴⁰ B. Weiler. Töödokument. Komisjoni roheline raamat avaliku ja erasektori koostöö ning ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal. Euroopa Parlament. Lk 3. 2009.

⁴¹ J. Edelenbos and E.-H. Klijn. Project versus process management in PPP: relation between management style and outcomes. - International Public Management Journal 12(3). Lk 311-312. 2009.

teede osas kasutatakse kaudset tasumise võimalust, ehk teede läbimiseks kehtestatud teemaksude korjamisena⁴².

Ühe olulise üldisema liigitamise alusena saab autori arvates EL liikmesriikide ulatuses eristada PPP liigitust, kus eristatakse erinevaid PPP vorme sellega, kelle poolt tasumine toimub. Nii on eristatav „teenuse kasutaja maksab“ vorm, kus teenuse kasutaja tasub teenuse eest otse teenusepakkujale. Sellise vormi puhul on üldiselt tegemist laialt levinud liigiga, mida teatakse ka kontsessioonina või „Built – Own – Operate – Transfer“ BOOT projektina²³, sisult tegemist ka sarnase DBFO käsitlusega. Teise vormi kohaselt toimub maksmine avaliku sektori poolt otse ning sõltuvalt teenuse kättesaadavusest. Selline PPP vorm sai alguse Suurbritanniast 1990. aastatel ning tunti esialgu eelpool juba nimetatud PFI mudelina⁴³.

PPP projektide parema käsitlemise selgitamiseks on oluline eristada PPP projektide eritüüpe, kus ühiseks nimetajaks nende erinevate vormide puhul on asjaolu, et avalik sektor annab erapartnerile kaudselt ülesandeks igapäevase kontrolli teostamise teenuste osutamise sh ehituse haldamise/ valmimise üle, millega kaasnevad ka olulised riskid nii teenuse kvaliteedi kui ka avaliku sektori investeeringu seisukohast. Arvestades, et PPP projekt võib toimuda mitmel erineval moel, sisaldada erinevate versioonide/vormide elemente ning vastavaid projekte on osades EL liikmesriikides hakatud moodustama alles hiljuti, siis on autor töö lisas 2 toonud tabelis 2 välja PPP projektide eritüübid koos lühikirjelduse ja selgitustega.

PPP projektide erinevate vormide valik on otseses seoses siseriikliku õigusega, mistõttu puudub EL õiguse osas üks selge PPP vorm ehk mudel, millest tulenevalt piiritletakse ka EL osas laiemalt PPP vorme ühisnimetajaga lepinguline partnerlus. Näidetena saab tuua välja veel (DB) design- build, (DBM) design-build-maintain, (DBO)- design-build- operate⁴⁴ jne, kõik need erinevad PPP elemendid tekitavad üksnes segadust. Lisaks esineb ka mitmetähenduslikke mõisteid ning segamudelid, kus leidub erinevate vormide elemente, mistõttu puudubki täna EL tasemel vajalik õigusselgus. Nagu eespool sai märgitud siis nende erinevate vormide osas on ühtseks ja selgeks kontseptsiooniks autori jaoks töö kirjutamisel nn BOOT mudel, mis on seostatav ka kontsessioonide käsitlusega. Kontsessioonide määratlemisel on ka kõige enam EL-s üheselt määratletav tulenevalt selle sisust, kus tööde

⁴² A. Stafford, B. Acerete and P. Stapleton. Making concession: political, commercial and regulatory tensions in accounting for European PPPs. - Accounting and Business Research vol 40 no. 5. Lk 473. 2010.

⁴³ G. M. Winch. Taking Stock of PPP and PFI Around the World. - Manchester Business School. Lk 9. London. 2012.

⁴⁴ D. Satish and P. Shah. A study of PPP models. - The Icfai University Press. Lk 33-34. 2009.

teostaja tasuks on kontsessioonäärile antud ehitise ekspluateerimise õigus või selles õiguses koos hankija rahalise maksega. Vaieldavaks on siin üksnes asjaolu, kas PPP projekti, kus tasumine ei toimu üksnes ehitise või teenuse kasutaja poolt, vaid ka avaliku sektori poolt, saab pidada ikka olemuselt kontsessiooniks. Autori arvates saab PPP projekte, kus avaliku sektori poolt makstav tasu on samastatav ehitise kasutusõigusega, mis võib olla ka kombineeritud avaliku sektori poolt rahasumma maksmisega erasektorile, pidada kontsessiooniks. Antud mudel on ka edasise töö käsitluse osas osaliselt ka keskseks käsitluseks.

1.2 Avaliku ja erasektori partnerluse rakendusvaldkonnad ning riskide määratlus

PPP- projektidega seotud valdkondade määratlus on piiramatu, kuid laiema käsitluse osas saab peamisteks PPP- projektide kasutusvaldkondadeks EL liikmesriikides senise praktika põhjal pidada veekanaliseerimise ja heitvee ärajuhtimise, avalike kiirteede, tollimaksudega teede, elektrienergia tootmise (tehased), telekommunikatsiooni, infrastruktuuri arenduse, tunnelite, koolide ehituse, lennujaama arenduse, valitsuse hoonete, vanglate, rongitööstuse, parkimise, muuseumi hoonete, sadamate, gaasijuhtmete, teede ehituse ja korrashoiu, arstiteenuse ja prügi majanduse valdkondadeks⁴⁵. Samas peab märkima, et mitte igasugune (valdkonnaga seotud) avaliku sektori projekt ei ole sobilik PPPna korraldamiseks. Valdkonna valikul on enamasti ikkagi otsustavaks, kas selle projektiga selles valdkonnas suudetakse pakkuda kvaliteetsemat teenust, efektiivsemalt ja kokkuhoidlikumalt⁴⁶. Eesti senine praktika PPP korraldamise osas on muidugi väiksem ning saab üldistavalt KOVide osas piiritleda pakutavate avalike teenuste valdkondade määratlusega, milleks eelkõige kohaliku omavalitsuse korralduse seadusest (KOKS) tulenevalt on näiteks vanurite hoolekanne (hooldekodud), noorsootöö, elamu- ja kommunaalmajandus, veevarustus ja kanalisatsioon, heakord, jäätmehooldus, valla- või linnasisene ühistransport ning valla teede ja linnatänavate korrashoid.

1.2.1 Ehitustööde ja teenuste kontsessioonide korraldused

Kõige üldisemas tähenduses saab PPP rakendusvaldkondadeks jaotada ehitustööde ja teenuste vahel, mille osas on korraldatud valdavalt EL siseselt vastavad projektid, kas ehitustööde või

⁴⁵ Grimsey, D ja Lewis, M.K. Cheltenham, Edward Elgar. The Economics of Public Private Partnerships. 2004.

⁴⁶ S. Taylor. Better Service for Taxpayers through PPP. - Cost Engineering vol 49/No 6 june. 2007.

teenuste kontsessioonina. EL-s on valdkondade lõikes üritanud EIB ka PPP turgu kaardistada. Kõige olulisem valdkond on kahtlemata ehitusega seonduv, mille osas moodustab enamuse teede ehitus sh tunnelid ja sillad. Enamik juhtudel saabki väita, et traditsiooniliselt teostatakse PPP projektidega infrastruktuuri rajamiseks/kaasajastamiseks. Kogu PPP turust moodustas EIB andmetel 2012. a seisuga 49 % ulatuses just transpordisektor ehk kiireteede ehitus ja hooldus, teiseks valdkonnaks on 20% ulatuses haridus, kus rajatakse koolihooneid, ühiselamuid ja lasteaedu, ülejäänud valdkonnad on vähem tähtsamad ning seotud keskkonnaga, majutuse, kultuuri ja energiaga (tänavavalgustus).⁴⁷ Uute valdkondadena on lisandunud IT- ga seonduv, kindlasti olulist tähtsust omab ka tervishoiuga seonduv.

1.2.2 Riskide juhtimine ja jaotus

Olenevalt PPP- projektide valdkonna määratlusest, on ka riskide määratlus ja jaotused erinevad. PPP- projektide üheks oluliseks osaks on riskidejuhtimine, mis määratleb ka ära PPP- projekti rahalised mahud tulevikus. Eduka partnerluse eelduseks on vaja välja töötatud strateegiat, et kanda riskid üle poolele, kes oskab neid kõige paremini juhtida. Vastav tasakaal riskide jaotamiseks peab olema selleks kehtestatud ka partnerluslepingutes. Tihti arvatakse, et erapartner on riskide juhtimisel võimekam arvestades erasektori paremat valmisolekut varude, investeeringute ja juhtimise valdkonnas.⁴⁸ Üldiselt eeldatakse, et PPP-ga kaasnevaid riske saab mõõta, kuigi tihti on riskid just tulevikus alles asetleidvate sündmustega seotud. Kui riskid jäävad korralikult maandamata, võivad nad erasektori kaasamise kasutegurid ka üles kaaluda. Seega peaks olema tagatud autori arvates piisav kontroll PPP projektide üle, et oleks tagatud riskide tulemuslik maandamine. Kõige üldisemalt saab nimetada ära olulisemad riskid nagu finantsriskid, õiguslikud riskid ja tururiskid.

Riskide jagunemisel lepingupoolte vahel tuleks arvesse võtta järgmisi ESA 95/4.2 toodud põhimõtteid⁴⁹:

- 1) Riski üleandmiseks erasektori üksusele peaksid trahvid lepingutingimuste rikkumise eest olema lepingus konkreetselt sätestatud (mis tingimustel ja mis suuruses) ning piisavalt olulised, et nende rakendumisel mõjutada lepingupartneri projektist saadavaid tulusid/rahavoogusid.

⁴⁷ EPEC, Market Update. Review of the European PPP market. 2012. - Arvutivõrgus:

http://www.eib.org/epec/resources/epec_market_update_h1_2012_en.pdf

⁴⁸ Tahir M. Nisar. Risk Managment in PPP Contracts. - Public Organize Rev 7:1-19. 2007

⁴⁹ European Commision. ESA 95 manual on governmentdeficit and debt. 2002. – Arvutivõrgus:

http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_SDDS/Annexes/naga_a_esms_an1.pdf

- 2) Riski kandumisele erasektori üksusele viitab ka olukord, kus juhul, kui lepingupartner täidab oma lepingulisi kohustusi esialgselt efektiivsemalt, jääb lepingu tingimuste kohaselt talle õigus, kas täies ulatuses või enamusele lisanduvale tulule või kulude kokkuhoiust tekkivale kasule.

Täpsem riskide kuuluvus peaks sõltuma vastava finantsmudeli ja riskianalüüsi koostamise tulemustest. Tüüpriiskide jaotuse osas saab ülevaate nii näidetena ja paigutuse jaotusena töö lisas 3 toodud tabelist (Tabel 3).

Riskide jagamine on üheks PPP põhiprintsiibiks ning iseloomustavaks faktoriks PPP olemuse määratlemisel. Riskide jagamise eesmärk on optimeerida riske nii, et ühel poolel ei oleks üleliia riske määratud, ning oleks saavutatud tasakaal mõlema poole jaoks. Riske peaks jaotama nii, et vajalikku riski kannab osapool, kes suudab seda kõige paremini kanda.

PPP projektide teostamisel on kõige enam probleeme esinenud riskide tuvastamisega, et oleks tagatud avaliku sektori poolne selgus, millised riskid on antud üle erasektorile. Tihti on PPP projektide teostamisel tavapärane ka see, et osad riskid ilmnevad alles hiljem projekti teostamise käigus. Riskid on PPP projektis rahaliselt hinnatava väärtusega ning määratletud juriidiliste instrumentidega ehk lepingutes selgelt määratletud ja tagatud⁵⁰.

INTOSAI on PPP projektide riskifaktorite määratlemisel toonud välja järgmised tegevused, mis peaksid aitama riske maandada⁵¹:

- 1) PPP eesmärkide selguse tagamiseks koostada strateegiline plaan, milles määratletakse avaliku sektori eesmärgid seoses PPP-ga;
- 2) Teostada eelnevalt tasuvusanalüüs koos vajalike turu- uuringutega, hindamaks erasektori huvi projekti vastu;
- 3) Siduda lepingujärgsed maksed vahe-eesmärkide saavutamise ja osutatud teenuste standarditega;
- 4) Kavandada põhjalikud hanke hindamisprotsessid, mis hindaksid potentsiaalsete usaldusväärsust ja korrektsust;

⁵⁰ J. Hood and N. Mcgarvey. Managing the Risks of PPP in Scottish Local Government. - Policy Studies. vol 23. no 1. Lk 26-27. 2002.

⁵¹ INTOSAI. Suunised avaliku ja erasektori partnerluse riskide auditeerimise parimate tavade kohta. ISSAI rahvusvahelised standardid. 2001. – Arvutivõrgus: www.issai.org

- 5) Võimaluse kasutada PPP vorme sellisena, et vara jäetakse erasektorile, et vara üleandmisega ei kaotaks avalik sektor vara üle kontrolli ehk kasutada võimalust vara rentimiseks;
- 6) Täpsustada partnerlepingus poolte kohustusi selliselt, et oleks tagatud piisavad valitsemis- ja kontrollimeetmed sh kohased meetmed vaidluste lahendamiseks.

PPP projektide korraldamisel on autori arvates paratamatu ja vajalik arvestada, et PPP metoodikast tulenevalt osutub projekti maksumus mõnevõrra kallimaks kui eeldatav maksumus tavahanke korral. Tulenevalt erinevate riskide määratlusest, on see ka autori arvates mõistetu, sest erapartner võtab PPP lepinguga paratamatult riske, mida ei ole võimalik mitme kümneks aastaks ette näha. Seetõttu on äärmiselt oluline riskide juhtimisega seonduv, eeldatakse, et erapartner suudab riske paremini juhtida.⁵² Vastavate riskide maandamisega seoses on Saksamaal kasutusel ka näiteks eraldi kindlustuse võimalus.⁵³ Kulude kontrolli ja vajalike finantsriskide juhtimisel on kindlasti efektiivsuse saavutamisel paremaks pooleks erasektor. Tulenevalt riskide määratlusest, on PPP puhul erasektorile olulised need riskid, mis mõjutavad kõige enam rahavoogusid. Seega jaotades riske erasektorile, peaks tõusma ka projekti juhtimise efektiivsus. PPP projekti teostamisel on oluliseks muutunud innovaatilised ideed, millega tagatakse projekti parem kvaliteet. Eeldatakse, et kaasates erapartneri juba projekteerimisel, tagatakse PPP parem tulemus⁵⁴. INTOSAI on ISSAI standardite suunises rõhutanud, et PPP korral oleks tagatud riskide jaotamise püsivus. Oluline on hinnata, et riskide kohane jaotamine ja edukas maandamine oleks projekti kestel jooksvalt pidevalt tagatud.

Autori hinnangul on oluline partnerluslepingutes efektiivselt riske käsitleda ja määratleda, et seeläbi oleksid selged ka osapoolte eesmärgid ning vajalikud tegevused eesmärkide saavutamiseks. Partnerluslepingu sõlmimisel ja riskide juhtimisel on vaja mõista PPP põhietappe ja nendega kaasnevaid riske, tagada korrapärane järelevalve ja vajalik suhtlus kõigi osapoolte vahel. Kokkuvõtvalt saab märkida, et riskide maandamisel saab palju mõjutada korrektsete partnerluslepingute sõlmimist, avaliku sektori kanda peaks jääma riskid, mis on ka reaalselt avaliku sektori otsese kontrolli all ja on ka tavapärase hankemeetodi

⁵² T. Rangel and J. Galende, Innovation in PPP: the Spanish case of highway concessions. Public Money & Management, January 2010.a

⁵³ D. Schmachtenberg, S. Schenk. PFI/PPP Projects 2007 (Germany). – Global Legal Group. 2007.

⁵⁴ T. Rangel and J. Galende, Innovation in PPP: the Spanish case of highway concessions. Public Money & Management, January 2010.a

korraldamisel avaliku sektori kanda. Seega on PPP- projektide üheks oluliseks osaks riskidejuhtimine, mis määratleb ka ära PPP- projekti rahalised mahud tulevikus.

1.3 Avaliku ja erasektori partnerluse õigusmajanduslik käsitlus

1.3.1 Õigusmajandusliku analüüsi olulisus

Õigusmajanduslikust seisukohast lähtuvalt on antud töö osas oluline tuvastada, kuidas EL õigus ja siseriiklik õigus mõjutavad PPPde korraldamist ning nendest tulenevalt majanduse toimimist tervikuna. Selleks, et kontrollida seaduste mõju PPPde teostamisele, on oluline riigi ja KOV rolli määratlemine seniste turutõrgete vältimiseks. Selleks on vajalik uurida seaduste rakendamist PPP teostamisel, millele on ka antud töös autor tähelepanu juhtinud. Samuti eeldab õigusmajanduslik käsitlus konkreetset riigihangete või PPP riikliku poliitika elluviimist.

Osaliselt on PPP olemuse sh teoreetiliste käsitluste juures võimalikke õigusmajanduslikke mõjutusi käsitletud. Vaieldamatult on PPP kasutamisel oluline hinnata tehingukuludega seonduvat, mille osas on Coase'i teoreemi⁵⁵ kohaselt märgitud, et kui pole tehingukulusid, siis negatiivsete välimõjude tekitajad ja nende ohvrid jõuavad ise omavahel läbi rääkides efektiivse lahenduseeni. Oluline on PPP osas arvestada avaliku sektori ökonoomikaga, mille osas seisnes Coase originaalsus selles, et ta tõi majandusteooriasse tehingukulude analüüsil baseeruva käsitluse. Selle teooria kohaselt, juhul kui turul sõlmitavate lepingute kulu oleks null, ei oleks meil sellist vormi nagu firma või ettevõtte, kõik ostjad ja müüjad kaupleksid otse turul. Avaliku sektori ökonoomika jaoks on tehingukulude aspekt oluline seetõttu, et vastavad institutsioonid, kelle tegevuse tulemusest sõltub tehingukulude suurus, kuuluvad avalikku sektorisse (seadusandlus ja seaduste täitmise tagamine näiteks). Seetõttu on tehingukulude valdkond üks nendest, mis seob erasektori efektiivsuse avaliku sektori poolt otsustatavate teenuste kvaliteediga, kusjuures viimastele pole alternatiivi selles mõttes, et tegemist on avalike teenustega, mida erasektor ise piisavalt ei saa toota.⁵⁶ Seega on ka kehtival PPP seadusandlusel otsene mõju nii PPP tehingukulude määratlusele, kui ka õigusmajanduslikule käsitlusele laiemalt.

⁵⁵ R.Coase. The Nature of the Firm. 1937.

⁵⁶ A.Purje jt. Avaliku sektori ökonoomika. Tallinn: Eesti Haldusjuhtimise Instituut 1998. – Arvutivõrgus: <http://www.riigikantselei.ee/arhiiv/atp/Koolitus/oppematerjal/aseoko.htm>

PPP õigusmajandusliku käsitluse juures on oluline roll riigil turutõrgete käsitlemise korral ning õiglasel ressursside jaotusel New Haveni koolkonnast⁵⁷ lähtuvalt. Kuna PPP osaks on paljuski poliitilised otsused, siis ka antud koolkonna osas on oluline just halduspoliitika analüüs ning sotsiaalse valiku teooriast lähtumine. Sotsiaalse valiku teoorias eristatakse nelja põhilist sotsiaalse valiku mehhanismi. Need on turg, poliitika, bürokraatia ja assotsiatsioonid. Igal neist on ressursside jaotamise seisukohalt vaadatuna oma eelised ja puudused⁵⁸.

Arvestades PPP projektide omapära ja eesmärke, keskendumist efektiivsusele ja tulemuslikkusele, siis läbi selle käsitluse võiks autori arvates PPP meetod tagada erasektori poolse projektijuhtimise korral parema lõppeesmärgi, mis muidugi kätkeb endas selle koolkonna kohaselt ka riske, mis on seotud eelkõige ka erasektori püüdega teenida igakülgset kasumit PPP projekti teostamisel.

Olukorras, kus täna näiteks Eestis puudub nii PPP poliitika kui ka PPP seadus, rääkimata EL ühtse õigusruumi puudulikkusest selles valdkonnas, on kujunenud olukord, mis on viinud väärtõlgenduste raames konkuretsi piiramisele ehk turutõrgeteni, sest ei osata seostada PPP projekte riigihankeõigusega. Siin on oluline riigipoolne sekkumine, mille eesmärgiks on enamasti suurema õigluse saavutamine. Kuid kaasnevaks tulemuseks on tavaliselt majandusliku efektiivsuse langus. Turutõrgete teooria nõuab riigi sekkumist majandusellu vaid juhul, kui seda sekkumist on võimalik põhjendada konkreetsete turuprobleemidega. Tavaliselt peetakse seejuures silmas efektiivsuse- ja heaolukadusid.⁵⁹

PPP laadsete partnerlussuhete käsitlemisel ei saa mööda õigusmajanduslikest aspektidest, mistõttu on autor võtnud õigusmajanduslikud käsitlused aluseks ka järgnevate PPP käsitluste juures.

1.3.2 Riigihangete ja partnerlusprojektide võrdlus- ja tasuvusanalüüs

PPP teostamisel esineb mõlema osapoole osas eeliseid, et teise eest teostada teatud ülesandeid, tuues kummagi partneri ees välja parimaid omadusi, et seeläbi pakkuda paremaid avalikke teenuseid ning teostada projekte majanduslikult kõige efektiivsemalt. Tagamaks majanduslikku efektiivsust, on vaja jaotada riske ehk juhtida riske. Riski juhtimise teooriast

⁵⁸ K. Kilvits. TTÜ Majanduspoliitika. TTÜ kirjastus. Lk 130. 2008.

⁵⁹ A.Purje jt. Tallinn 1998.

lähtuvalt on eristatavad PPPde osas mitmed riskid, mis mõjutavad projekti tulude ja kulude jaotust. Avalikul sektoril peaks autori arvates olema kontroll täiendavate tulude tekkimise ja nende jaotamise üle.

PPP projekti korraldamisel on oluline hinnata finants-majanduslikke näitajaid sh, kas kasutada PPP meetodit või korraldada tavapärane riigihankemenetlus. Võrreldes tavapärase hankega saab võrreldavusanalüüsi tegemisel võtta aluseks senised teooriad, sh tehingukulu teooria, mille kohaselt kaasnevad PPP korraldamisel kuludena infootsingu kulud, läbirääkimistega seotud kulud, lepingukohane järelevalve ehk kontrollikulud sh vaidlustused. Kõik need kulud peavad olema ka majanduslikult kasulikud, et oleks tagatud pikemas perspektiivis PPP tasuvus. PPP tasuvuse hindamiseks tuleb teha teste ja analüüse, et tuvastada võimalikud kasutegurid⁶⁰. Üldisemalt on PPP korraldamisel eristatud nelja alternatiivi PPP tasuvuse hindamiseks: täielik tulude- kulude analüüs, avaliku sektori võrdlusmeetod (PSC), PPP võrdlus enne pakkumiskutse esitamist, UK meetod PSC koos hea hinna ja kvaliteedi suhte (VfM) testiga peale pakkumuste esitamist ja võrreldavate pakkumuste esitamise protsessis toimuv võrdlus. Erinevate EL liikmesriikide lõikes on ka nendel PPP tasuvuse hindamise meetoditel erinevad tähendused ning eririigid hindavad PPP tasuvust erinevalt. Hollandis näiteks peetakse oluliseks PSC kasutamist⁶¹. Samas leiab autor, et paratamatult ei suuda avalik sektor kõiki PPPga seotud vajalikke riske hinnata ega kasutegureid tuvastada, sest projektid on selleks liiga pikad, mistõttu on tegemist pigem nn ennustamisega. Vaatamata selle aitavad juba eelpool nimetatud testid ja analüüsid esialgseid riske tuvastada ning võimaldavad lühiajaliselt ette tasuvust hinnata ning pikemalt riske maandada.

PPP tasuvuse hindamisel kasutatakse mõistet „Value for Money“ (VfM), mis sisult tähendab PPP võrreldavust tasuvusest lähtuvalt tavapärase riigihankega⁶². Siin saavad kasutegurid PPP puhul olla suuremad üksnes juhul, kui erasektorile on antud üle riskid, mida ta on võimeline paremini haldama kui avalik sektor. Riskide andmisel erasektorile muutub aktuaalseks erasektori kapitali hind, mis suureneb automaatselt peale riskide kandumist erasektorile. Kapitali hinna kasv on ka loomulik, riskide ülekandumine toob kaasa endaga olulised tegevus- ja investeeringukulude kokkuhoiu, mis ületab kapitali hinna kasvu⁶³.

⁶⁰ K. Kilvits. TTÜ, Majanduspoliitika. TTÜ kirjastus.lk 68. 2008.

⁶¹ J. M. Sarmiento. Do PPP create Value for Money for the Public Sector? The Portuguese Experience. OESCD. - Journal on Budgeting. vol 2010/1. Lk 104. 2010.

⁶² E.Reeves and J. Ryan. Piloting PPP: Expensive Lessons from Ireland`s Schools Sector. – Public Money & Managment. Lk. 332. 2007.

⁶³ PwC. W263 Kose- Mäo PPP. Projekti mõju erinevate aspektide analüüsid (Riigikontroll). Aruanne. 2011.

VfM on kõige enam levinud meetod PPP tasuvuse hindamiseks, et seeläbi ka tuvastada avalikud huvid enne PPP lepingu sõlmimist⁶⁴. Igasuguste analüüside tegemine eeldab usaldusväärsete andmete olemasolu. Sisult võiks eeldada, et igal riskil on rahaline mõõde, et riskide jagamisel kaasneks optimaalne tulemus. Tegelikult on riskide hindamine paljuski subjektiivne, mis teeb ka PPP tasuvuse hindamise üsnagi keeruliseks. Autori arvates on PPP tegelike mõjude hindamine osaks hankeprotsessist ehk PPP projekti tasuvus saab kõige varem selguda peale hanke või kontsessiooni korraldamist, mis aga omakorda eeldab vajaliku kvaliteetse riigihanke korraldamist. Võttes aluseks VfM käsitluse, siis on INTOSAI töörühm senise praktika kohaselt võtnud aluseks riigihanke ja PPP võrdlemisel järgmised kuludest lähtuvad eeliste jaotused (Tabel 4).

Tabel 4. Kulude jaotus PPP ja tavahanke korral⁶⁵

	Kuludest lähtuvad eelised	
	Tavahange	PPP
Tehingu- ja juhtimiskulud	+	-
Viivised, kadude ümberarvestus	+	-
Finantseerimisetingimused ühikute kohta	+	-
Investeeringu- ja ehituskulu	-	+
Kogu finantseerimiskulu	?	?
Opereerimiskulu	-	+
Kvaliteedi (kulu)	?	?
Riski kandmisega seotud/ riskikulud kitsamalt	+	-
Jääkmaksumusega seotud kulud	+	-
Välised mõjud	+	-

Oluliseks meetodiks PPP tasuvuse hindamisel on ka projekti eeldatava netotulu arvutamine võrreldes tavahankega. Tavapäraselt nimetatakse sellist meetodit „Public Sector Comparator“ (PSC), sisuliselt tegemist hüpoteetilise arvutuskäiguga, mis katab sama ajaperioodi ja samad tegevused, mis PPP hanke korral.⁶⁶ Tavahanke puhul võib olla tegemist mitme erineva hankega nagu projekteerimine, ehitamine, finantseerimine ja hooldamine. Selleks, et kasutada PSC meetodit peaks olema täidetud kolm eeldust, millele saaks tugineda⁶⁷:

⁶⁴ J. Startin, A. Baxter and N. Harding. Comparing PPP for highway projects in the USA and the UK/EU: Applying lessons learned. – Journal of Public Works & Infrastructure vol 1 nr 4. Lk 342. 2008.

⁶⁵ INTOSAI, Joint Training Event of the EU Contact Committee and EUROSAI Bonn, Germany, 2011.

⁶⁶ J. Startin, A. Baxter and N. Harding. 2008

⁶⁷ J. M. Sarmiento. 2010.

- 1) PPP meetodi kasutamine ei tohiks olla eesmärgiks, et viia investering/kohustus välja avaliku sektori bilansist. Kui avalik sektor on otsustanud kasutada PPP skeemi üksnes eesmärgil eelarvepiirangutest lähtuvalt, siis ei oma PPP tasuvuse küsimus tähtsust.
- 2) PPP projekt peab olema ka reaalselt avalikule sektorile taskukohane. PPP korraldamisel peab olema arvestatud eelarvepiirangutega ja see peab olema kasulik pikemaajaliselt. Teenustasud ei saa olla madalad üksnes esimestel aastatel, sest sellisel juhul on need manipuleeritavad olukorras, kus esimestel aastatel on projekt taskukohane ning hiljem muutub PPP liiga kulukaks. Oluline on arvestada, et olukorras, kus on valida, kas korraldada projekt PPP meetodil või ei ole võimalik üldse korraldada projekti, on surve erinevate asjakohatute andmete kasutamiseks suur, mis võib viia eksitava otsuse tegemisele PPP kasutamisel.
- 3) Investeeringu tegemine peab olema reaalselt vajalik ja selleks ei ole paremat alternatiivi maksumaksja raha kasutamisel.

Riskide jagunemisega kaasnevad kulud on autori arvates tõenäoliselt kõige tähtsamaks sammuks PPP tasuvuse hindamisel, kuna selles osas erasektori efektiivsus kõige enam tagatud. Samuti on tasuvuse hindamisel otsustavaks erasektori kogemused PPP projektide osalemises, kes suudavad kõige enam enda teadmisi selles osas rakendada. Võrreldes tavahankega, kus hankemeetodi osas otsuse tegemisel tuleb arvesse võtta, et tavahanke korral on avaliku sektori maksetes rohkem riske, mis seotud nii ehitushinna, hoolduskulude, tsükliliste finantseerimiskulude võimaliku muutusega, siis on mõistetak ka PPP kallidus, mis ei pruugi alati näidata PPP tasuvust, sest kõik taandub riskide jagunemisest tulenevatele rahalistele mõõdetele. Suurbritannia kogemus on näidanud, et tavapärase hanke kasutamise korral on ehitus võrreldes erapartneri vastavate kulutustega ligikaudu 20 % kõrgem⁶⁸. Eksitavad on seisukohad ja PPP kasutamise õigustused, millega tõsimeeli üritatakse kinnitada, et PPP võimaldab hoida kokku raha. Kuigi ka see on võimalik, siis üldjuhul seda tavahankega võrreldes kasutades ei juhtu.⁶⁹ Sarnaseid näiteid saab tuua ka Eestist, kus näiteks Viimsi valla teostatud PPP puhul oleks KOV-l olnud laenu võtta ise palju soodsam. Tavapäraselt võtab erapartner ka ise laenu, mis on jällegi kordades kallim, mis kokkuvõttes mõjutab PPP tasuvust. Nii läks PPP projekti maksumus Viimsis ca 25-35% võrra kallimaks. Viimsi valla esindaja leidis seejuures, et peale erinevaid finantseerimisvõimalusi kaaludes ei ole mingit kahtlustki, et PPP on tunduvalt kallim võrreldes sellega, kui KOV võtaks ise laenu.⁷⁰ Vastavat

⁶⁸ PwC. Järgala sõjaväelinnaku rahavõimaluste analüüs (Riigikontroll). 2010.

⁶⁹ B.W. Caoll. Editors introduction to the special issue on PPP. *Canda Public Administration*. Vol 51. No 1. 2008.

⁷⁰ T.Milt. H. Virronen. Intervjuu protokoll. Viimsi vallavalitsus. OÜ Viimsi Haldus. (Riigikontroll) 20.05.2011.

asjaolu, et nii riigile kui ka KOV-le laenu andmine on alati väiksema riskiga ning seetõttu märgatavalt soodsam, on laenu andmise kontekstis kinnitanud ka pank.⁷¹ Oluline on PPP meetodi hindamisel autori arvates arvestada ikkagi, et PPP osas esineb palju mitterahalist kasu nt. koolide ja haiglate PPP korral saavutatakse rahulolu nii arstide, õpetajatele kui ka patsientidele ja õpilastele parema õpi- ravikeskkonna loomisega võimalikult varases etapis. Kindlasti on ka need tegurid, olgugi tegemist nähtamatute teguritega, millega peaks autori arvates PPP tasuvuse hindamisel arvestama.

1.4 Avaliku ja erasektori partnerluse koht Euroopa majanduses

Arvestades maailma majanduses toimuvat, siis on leitud, et PPP- projektid võivad olla väravaks, et tulla välja majanduslangusest olukorras, kus rahaliste vahendite võimekus on oluliselt piiratud. Vaatamata piiratud rahalistele vahenditele, vajavad avalikud teenused ikkagi pakkumist ja kohalik elu arendamist. Olukorras, kus ei ehitata välja koole, kiirteid, vanglaid jne, ei ole tagatud kodanikele igakülgne heaolu. Kas PPP-d on selleks vahendiks, et tulla toime igapäeva avalike teenuste nõudmistega, on raske hinnata, kuid protsesse kiirendaksid PPP projektide teostamised kindlasti⁷². Seega tegelikkuses ei ole PPP teostamisel kõrval alternatiive, mis võimaldaksid kõike vajalikke teenuseid pakkuda⁷³. EL rahastamine struktuurfondide, Euroopa Investeerimispinga või TEN-T rahastamisvahendite kaudu võimaldab kasutada PPP partnerlust hädavajalikeks projektiinvesteeringuteks isegi ajal, kui riiklike või erasektori vahendite kättesaadavus on piiratud⁷⁴.

Organisatsiooni BusinessEurope hinnangul viiakse praegu üksnes 4 % infrastruktuuriprojektidest kogu maailmas ellu PPP kaudu. EL liikmesriikidest sõlmitakse enim PPP partnerluslepinguid Ühendkuningriigis (58 % kõigist lepingutest Euroopas). Teised peamised riigid, kus kasutatakse PPP- si, on Saksamaa, Hispaania, Prantsusmaa, Itaalia ja Portugal⁷⁵.

⁷¹ A.Altoa. Memo. PPP korraldamisest ja finantseerimisest. (Riigikontroll). 2011.

⁷² Supreme Audit Institution of Germany. The Audit of PPP, Joint Training Event of the EU Contact Committee and EUROSAT. Gustav- Stresemann- Institut. Bonn. Germany. 2012.

⁷³ EIB. Evaluation of PPP projects finances by the EIP. Evaluation Report (Sythesis Report). Lk 4. 2005.

⁷⁴ Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomitee. Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, nõukogule, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning Regioonide Komiteele „Era- ja avaliku sektori investeeringute kasutamine majanduse elavdamiseks ja pikaajalise struktuurimuutuse saavutamiseks: avaliku ja erasektori partnerluse arendamine”. Arvamus. KOM(2009) 615 lõplik. 2010.

⁷⁵ BusinessEurope. 2012.- Arvutivõrgus.- <http://www.besbusiness.eu/Content/Default.asp?>

Arvestades, et OECD hinnangul suurenevad 2030. aastaks maantee-, raudtee-, elektri- ja veevarustuse aastakulud 2,5 %-ni maailma SKPst, on oluline, et riigiasutused võtaksid kasutusele kõikvõimalikud lepinguliigid, mis võimaldaksid vastata avalike teenuste ja infrastruktuuri ootustele ja vajadustele. Kontsessioonilepingud ning PPP on andnud sellele probleemile tõelise ja ajaloolise lahenduse, näidates, et pädevust, energiat ja kapitali koondades võib PPP kindlalt toetada majanduskasvu. Mõju on veelgi suurem, kui arvestada asjaolu, et investeeringute eelarved vähenevad ilmselt peaaegu kõigis ELi riikides seoses eesootavate ja rakendatavate säästukavadega⁶⁹.

Samuti on EÜ 2020 strateegias⁷⁶ märgitud ära, et Euroopa peab tegema selleks kõik endast oleneva, et võimendada oma rahalist võimekust jätkates selleks uute võimaluste kasutamist läbi PPP sobitamise ning luues uuenduslikke vahendeid, et rahastada vajalikke investeeringuid, sealhulgas kasutades selleks PPPde võimalusi. Selleks on EL algatanud ka Marguerite fondi⁷⁷ infrastruktuuriprojektide teostamiseks ja läbi EPECi uue ELENA projekti⁷⁸, mille eesmärk on aidata eripiirkondade võimekust teostada energiaabi projekte ning kaasata selleks välisrahastust.

Kokkuvõtvalt saab märkida, et PPP korraldamisega seonduv on EL liikmesriikide tänase majanduskliima valguses muutunud vaieldamatult aktuaalseks sh eriti avaliku halduse ökonoomikaga seoses, EL-s on hakatud suunduma rohkem eramajandamise komponentide juurde, ehk toetutud on erasektori teadmistele ja oskustele, et seeläbi tagada parem teenuste kvaliteet. Samas eeldab PPP tulemuslik korraldamine ühtse PPP mudel olemasolu, mis täna EL tervikuna puudub. Hetkel on kasutusel mitmetähenduslikud mõisted ning segamudelid, kus leidub erinevate vormide elemente, mistõttu puudubki täna EL tasemel vajalik õigusselgus.

⁷⁶ European Commission. Europe 2020. A European strategy for smart, sustainable and inclusive growth. Brussels, 3.3. 2010. COM (2010) 2020. – Arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/COMPLET%20EN%20BARROSO%20%20%200007%20-%20Europe%202020%20-%20EN%20version.pdf>

⁷⁷ Marguerite fund. The 2020 European Fund for energy, Climate, change & Infrastructure. – Arvutivõrgus: <http://www.margueritefund.eu>

⁷⁸ European Commission and European Investment Bank launch European Local Energy Assistance (ELENA) facility. 2009. – Arvutivõrgus: <http://www.eib.org/about/press/2009/2009-255-european-commission-and-european-investment-bank-launch-european-local-energy-assistance-elena-facility.htm>

2. Euroopa Liidu riigihankeõiguse rakendatavus avaliku ja erasektori partnerluse korraldamisel

EL õigusruumis on seni puudunud ühtne õigusraamistik, mis kataks tervikuna PPP laiema käsitluse. Sisuliselt puudub ühtne regulatsioon nii eraõigusliku partneri valimise kui ka projekti täpsema rakendamise kohta, kuigi peab arvestama, et EL laiema õigusraamistiku osas kehtivad erapartneri valimisel ka üldised EL toimimise lepingu põhimõtted ning olemasolevad riigihanke direktiivid. EL toimimise lepingu kohaselt kuuluvad kõik lepingud, mille kohaselt avalik-õiguslik asutus sõlmib lepingu, EL toimimise lepingus (EL toimimise leping art 49-54 ja 56 (*EÜ asutamislepingu art 43-49*)) sätestatud asutamiseõiguse ja teenuste vaba liikumise põhimõtte alla. Seetõttu peavad PPP lepingud vastama läbipaistvuse, võrdse kohtlemise, proportsionaalsuse ja vastastikuse tunnustamise nõuetele. Lisaks kuuluvad PPP lepingud, mida saab määratleda riigihangetena, üldiste riigihanke direktiivide rakendusalas. Ehitustööde kontsessioonide suhtes kehtivad mõned eritingimused, samal ajal kui teenuste kontsessioonid ei kuulu seni teiseste õigusaktide alla. PPP rakendamise suhtes kehtivad siseriiklikud õigusaktid, mis peavad olema kooskõlas EL toimimise lepingu ülimuslike eeskirjadega.

Võttes aluseks PPP osaks oleva kontsessioonidega seonduva, siis on EL õiguse tasandil sisuliselt olnud aluseks alates 2004. a jõustunud riigihangete korraldamist reguleerivad EL direktiivid 2004/17/EÜ⁷⁹ ja 2004/18/EÜ⁸⁰, millega anti kontsessioonide mõistetele täpsemad määratlused, kuid ilma seejuures kontsessioonimenetlust täpsemalt sisustamata. Täiendavalt defineeriti kontsessiooni mõistet varasemalt direktiivis 93/37/EÜ⁸¹. Seega ühtset regulatsiooni PPP laiema käsitluse osas ei ole siiani EL õigusruumis olnud, oluliseks on peetud kontsessioonidega seonduvat, seda vaatamata sellele, et PPP vorme on erinevaid. Sõltumata ebamäärasest regulatsioonist, on EL liikmesriikidel tulnud alati järgida EL toimimise lepingu sätteid ning EL kohtu senist kohtupraktikat. EL kohtu senist praktikat analüüsib ka käesolevala töö autor antud peatükis lähemalt, võttes aluseks EL toimimise lepingu sätteid PPP korraldamisega seonduvalt.

⁷⁹ EL direktiiv 2004/17/EÜ. – Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:06:07:32004L0017:ET:PDF>

⁸⁰ EL direktiiv 2004/18/EÜ.- Arvutivõrgus: <http://simap.europa.eu/docs/simap/nomenclature/32004118et.pdf>

⁸¹ EL direktiiv 93/37/EÜ.- Arvutivõrgus: http://www.govops.co.uk/guidance_db_files/guidances/guid_13.pdf

2.1 EL toimimise lepingust tuleneva kohaldamine EL riigihankeõiguses

EL toimimise lepingust tulenevate üldpõhimõtete tagamiseks riigihankeõiguses on kehtestatud juba eelpool nimetatud hankedirektiivid, mis tagavad siseriikliku õiguse vastavuse EL õigusega. Vastavate üldpõhimõtete järgimisel riigihangetel tagatakse avatud konkurents ning nende põhimõtete järgimine peab olema eesmärgiks ka siis, kui direktiivid ei kohaldu. EL õiguse kohaldamisel on oluline riigihanke- ja kontsessioonilepingute osas arvestada, et EL õiguse rakendamine puudutab peaaesjalikult pakkujate või erapartneri valimist. EL nn sekundaarne õigus ei kata täielikult PPP neid etappe, mis järgnevad erapartneri valikule.

Riigihankeõiguse raamistiku moodustavad eelkõige siseturu toimimist tagavad vabadused nagu kaupade, isikute ja teenuste vaba liikumine⁸². Vastavate üldpõhimõtete osas nähakse ette ka EL toimimise lepingus erandid, kus teatud piirangud on ka lubatud. Täiendavalt tuleb rõhutada EL õiguse otsekohaldatavust hankeõiguses ka lähtuvalt Euroopa Kohtu senisest kohtupraktikast. Selleks esitas Euroopa Kohus kohtupraktikas põhimõtte ühenduse õiguse otsesest kohaldamisest liikmesriikides, mis võimaldab Euroopa kodanikel viidata siseriiklikes kohtutes otse ühenduse õigusnormidele. Vastavas kohtulahendis, kus vastava põhimõtte rakendamiseni jõuti, sooviti Saksamaalt Hollandisse kaupu importiv transpordiettevõtjalt Van Gend & Loos saada tasu tollimaksetena, mis antud ettevõtja arvates oli vastuolus EMÜ asutamislepinguga, milles keelatakse liikmesriikidel kehtestada tollimakse nendevahelistes kaubandussuhetes. Kohtumenetluses esitati küsimus siseriikliku õiguse ja EMÜ asutamislepingu sätete vahelise vastuolu kohta. Vastuseks Hollandi kohtu esitatud küsimusele lahendas Euroopa Kohus küsimuse kinnitada otsekohalduvuse doktriini, andes seega transpordiettevõtjale ühenduse õiguse kohaselt tema õiguste tagamise otsese garantii siseriiklikus kohtus.⁸³ EL õiguse ülimuslikkuse kontekstis kehtestati ka juba 1964. aasta kohtuotsuses Costa põhimõtte ühenduse õiguse ülimuslikkusest siseriikliku õiguse ees. Antud kohtuasjas küsis Itaalia kohus Euroopa Kohtult, kas Itaalia elektrienergia tootmise ja jaotamise sektori riigistamist käsitlev seadus oli kooskõlas teatavate EMÜ asutamislepingu sätetega. Euroopa Kohus lõi ühenduse õiguse ülimuslikkuse doktriini, tuginedes ühenduse õiguskorra eripärale, kuna seda tuleb kõigis liikmesriikides ühetaoliselt kohaldada⁸⁴.

⁸² EK 22.06.1993, C-243/89 (EÜ asutamisleping art 28. 39, 43, 49)

⁸³ EK 5. 02.1963. C-26/62, Van Gend & Loos.

⁸⁴ EK 3.06.1964. C-6/64, Costa/ENEL.

2.1.1 Kaupade, teenuste vaba liikumine ning asutamisvabadus

Kaupade vaba liikumine on Euroopa Liidu siseturu toimimise üheks aluseks. Kuigi nendel otsene puutumus PPP korraldamisega puudub, käsitleb autor neid siseturu kontekstis lühidalt, et mõista ka kaudset tähendust EL õiguse rakendamisel laiemalt. Vastavad põhimõtted on sätestatud EL toimimise lepingus (EL toimimise leping art 28- 37 (Euroopa Ühenduse asutamislepingu artiklites 23-31)). Kaupade vaba liikumise põhimõtted on järgmised⁸⁵:

- 1) Kaubandustõkete kaotamine liikmesriikide vahel. Kaubandustõkked võib jaotada kaheks: tariifsed piirangud ehk tollimaksud ja samaväärse toimega maksud ning koguseliste piirangud ja samaväärse toimega meetmed, sealhulgas tehnilised normid ja administratiivsed tõkked;
- 2) Kaup = toodetud materiaalne objekt;
- 3) Kaupad, mis korra on juba õiguslikult sisenenud EL siseturule, võivad siseturul vabalt liikuda.

Seega on liikmesriikide vahel keelatud ekspordi- ja impordi maksud ning kõik samaväärse toimega maksud, samuti kõik koguselised impordi- ja ekspordipiirangud ning samaväärsed meetmed. Põhimõtteliselt kõik kaubandusreeglid, mis takistavad kaupade vaba liikumist kaudselt või otseselt, tegelikult või potentsiaalselt on koguseliste piirangutega samaväärse toimega meetmed, seda on öelnud ka Euroopa Kohus oma kohtulahendis Dassonville⁸⁶.

Kuna kõik alad ei ole Ühenduse tasemel täielikult reguleeritud (nn. harmoneerimata alad) ja seega ei ole liikmesriikide seadusandlused alati ühesed, on siseturu toimimise üheks eelduseks, et ühes liikmesriigis seaduslikult turule lastud tooteid saab vabalt müüa ja kasutada ka teistes liikmesriikides. Selline kohustus, mida tuntakse vastastikuse tunnustamise nime all, tuleneb tegelikult juba EL toimimise lepingust ning mitmetest Euroopa Kohtu kohtulahenditest, millest peamine on Cassis de Dijon⁸⁷.

Riigihankeõiguses tähendab nimetatud vaba liikumine eelkõige seda, et riigihankemenetluses ei tohi ostja teha otsuseid, mis avaldaksid kaupade sissetoomiseks piiravat mõju, seades piiranguid näiteks teiste liikmesriigi kaupadele, on see tõlgendatav piirangu seadmisena kui samaväärse toimega meetmega. Samuti on ka hankemenetluse käigus selliste

⁸⁵ MKM. Kaupade vaba liikumine, selgitus. - Arvutivõrgus: <http://www.mkm.ee/kaupade-vaba-liikumine-el-s-2/>

⁸⁶ EK 11.07.1974, Dassonville

⁸⁷ EK 20.02.1979, Cassis de Dijon

hanketingimuste seadmine, millega avaldatakse piiravat mõju, tõlgendatav samaväärse toimega meetmena.

Oluline on siinkohal ka riigihankeõiguse kontekstis arvestada vastastikuse tunnustamise põhimõttega. Tegemist on ühe EL aluspõhimõttega, mida rakendatakse kõigi nelja siseturu vabaduse puhul ning selle kohaselt peavad EL liikmesriigid laskma vabalt oma turule teises liikmesriigis õiguspäraselt turustatud toote või lubama seal õiguspäraselt teenust osutaval isikul oma riigis osutada ajutiselt teenust isegi siis, kui sihtriigis kehtestatud nõuded tootele või teenusele on erinevad. Muidugi praktikas toimib antud printsiip kõige paremini kaupade alal, kuna EL toimimise lepingu (art 34-36) (EÜ asutamislepingu artiklid 28-30) ja sellest tulenevad Euroopa Kohtu lahendid reguleerivad seda täpsemalt kui teiste vabaduste all⁸⁸. Kõige selgemini on vastastikuse tunnustamise põhimõtte lahti seletatud Euroopa Kohtu kohtulahendis Cassis de Dijon, mille järgi võivad liikmesriigid harmoneerimata aladel sätestada siseriiklikud nõudeid, kuid peavad oma turule laskma teistes liikmesriikides kehtestatud nõuetele vastavad tooted isegi, kui nad ei vasta impordi sihtriigiks oleva liikmesriigi nõuetele⁸⁹.

Selleks, et tagada vastastikuse tunnustamise põhimõtte toimimine praktikas, on vastu võetud põhimõtet käsitlev ELi määrus.⁹⁰ Selles määruuses sätestatakse haldusmenetlused, mida ametiasutused peavad järgima, kui nad otsustavad keelata sellise toote turule viimise, mida turustatakse seaduslikult teises liikmesriigis, st otsused, kus vastastikuse tunnustamise põhimõtte on asjakohane. Ametiasutustel palutakse tagada, et sellised keelavad otsused oleksid põhjendatud vastavalt ELi õiguse kohaselt vastuvõetavatele kriteeriumitele. Samuti peavad ametiasutused teavitama tootjaid ja teisi mõjutatud ettevõtjaid sellistest otsustest teatud aja jooksul. Kui ametiasutus ei teavita asjaomast ettevõtjat ettenähtud aja jooksul, kohaldatakse varueeskirja ning leitakse automaatselt, et kõnealune toode on sobilik seaduslikuks turustamiseks selles riigis. Määruse kohaselt peab liikmesriik looma ka kontaktpunktid, kelle poole ettevõtjad jt saavad pöörduda, et teada saada, milliseid tehnilisi eeskirju kohaldatakse konkreetses riigis. Vastastikuse tunnustamise määrust hakati kohaldama alates 13. maist 2009⁹¹.

⁸⁸ The National Board of Trade. Swedish internal market guide (Rootsi Kaubandusameti juhend 2012).

⁸⁹ EK 20.02.1979, Cassis de Dijon

⁹⁰ EP ja Nõukogu. 09.07.2008. määrus (EÜ) nr 764/2008, milles sätestatakse menetlused seoses teatavate riiklike tehniliste eeskirjade kohaldamisega teises liikmesriigis seaduslikult turustatavate toodete suhtes ja tunnistatakse kehtetuks otsus nr 3052/95/EÜ. ELT L 218/21. 13.08.2008.

⁹¹ The National Board of Trade. Swedish internal market guide (Rootsi Kaubandusameti juhend 2012).

Kõige enam mõjutab riigihankeõiguse kontekstis PPP projektide korraldamist teenuste vaba liikumine, mida reguleerivad EL toimimise lepingu art 56-57 (EÜ asutamislepingu artiklid 49 ja 50), millel on ka vahetu õiguslik mõju. Seoses riigihankeõigusega saab tuua näite, kus üks ELi liikmesriik nõuab teistest ELi riikidest pärit teenuseosutajatelt loa olemasolu või kui teenuste turustamine on reguleeritud või kui on kehtestatud välismaiste teenuseosutajate kvalifitseerumist käsitlevad nõuded.

Teenustel on ka otsustav roll Euroopa majanduses, kuna teenused sisuliselt katavad EL kogukäibest 70% ning seeläbi on selles vallas rohkem töökohti kui tootmises. On kindlaks tehtud, et umbes 96% uutest töökohtadest luuakse teenindussfääris. Erinevalt kaupadest, mida saab valmistada igal pool, on suurem osa teenustest kindla paigaga seotud. Seetõttu on teenuste turu avamine teistele riikidele aeglaselt edasi liikunud ning komisjon on töötanud peamiselt spetsiifiliste sektoritega⁹².

Seoses EL vaba liikumise põhimõtete senise käsitlusega saab selle osaks pidada ka teenuse juures diskrimineerimiskeeldu ja piirangute keeldu⁹³. Näiteks ei tohi ametiasutus: 1) nõuda, et välismaine teenuseosutaja oleks registreeritud või reguleeritud sihtriigis, 2) piirata välismaise teenuseosutaja õigust turustada teenuseid sihtriigis, 3) nõuda sihtriigi kutsekvalifikatsiooni piiriüleste teenuste osutamiseks, 4) nõuda teenuseosutaja puhul konkreetset juriidilist vormi (nt piiratud vastutusega äriühing), 5) piirata välismaise teenuseosutaja õigust tegeleda kõrvaltegevusharudega.

PPP projektide teostamisel, mis tihti on pikaajalised projektid, soovitakse parema kontrolli saavutamiseks eelistada selleks kohalikke ettevõtteid, mis läheb vastuollu põhivabadustega. Euroopa Kohus on oma praktika kohaselt märkinud, et EL toimimise lepingu art 56 (EÜ asutamislepingu artikkel 49)⁹⁴, mille kohaselt on ühenduses keelatud teenuste osutamise vabaduse piirangud, eeldab kõikide piirangute kaotamist, isegi juhtudel, kui need piirangud kehtivad liikmesriigi enda kui ka teiste liikmesriikide teenuste osutajate suhtes, kui nendega keelatakse või muul viisil takistatakse teistest liikmesriikidest pärit teenuste osutajate tegevust⁹⁵.

⁹² European Comissions by the European Journalism Centre (EJL). Siseturg, teenuste vabaliikumine. - Arvutivõrgus: <http://www.eu4journalists.eu/index.php/dossiers/estonian/C44/49/>

⁹³ EK 90/70, Säger.

⁹⁵ EK 13.07.2004. a. C-262/02, Komisjon vs. Prantsusmaa, EK 13.07.2004.a C-264/03

Kaudselt on PPP projektidega seotud ka EL toimimise lepingust tulenev asutamisvabadus läbi institutsionaliseeritud PPP projektide korraldamise. Nimelt keelatakse EL toimimise lepinguga ära siseriiklikud nõuded, mis piiravad äriühingute (sealhulgas füüsilisest isikutest ettevõtjate) võimalusi asutada oma ettevõtte muus liikmesriigis peale nende asukohamaa. See keeld tähendab sisuliselt, et liikmesriikides ei tohi kehtida teistest liikmesriikidest pärit kodanikke ja äriühinguid diskrimineerivaid eeskirju või muid eeskirju, mis muudavad asutamise raskemaks või vähem atraktiivsemaks.

Seoses riigihankeõigusega ja kaudselt ka PPP projektidega võib asutamisvabadust olla rikutud juhul, kui piiratakse või diskrimineeritakse riigihankemenetluses osaleda võivaid välismaiseid ettevõtjaid või nende filiaale. Samuti olukorras, kus riik soovib projekti elluviimiseks asutada ühine äriühing ehk teostada projekt institutsionaliseeritud PPP- projektina, kuid eelistades ühisühingu asutamisel üksnes kohalikke ettevõtjaid. Muidugi on lubatud ka teatud erandid ehk teatud piirangute esitamine, kuid lähtuvalt Euroopa Kohtu senisest praktikast, tuleb silmas pidada eelkõige proportsionaalsuse põhimõtet⁹⁶. Seejuures peab arvestama, et vastavad meetmed tugineksid üldhuvidel, mis oleks kooskõlas saavutatava eesmärgiga (teenuste kontsessioon)⁹⁷.

2.1.2 Võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise, läbipaistvuse, konkurentsi tagamise põhimõtete rakendamise alused

Riigihankeõiguse eesmärk on tagada maksumaksja rahaliste vahendite läbipaistev, otstarbekas ja säästlik kasutamine, isikute võrdne kohtlemine ning olemasolevate konkurentsitingimuste efektiivne ärakasutamine. Rahaliste vahendite tõhus kasutus eeldab, et hankeid tehakse majanduslikult otstarbekalt. Hankemenetluse eesmärgiks peaks olema hinna-kvaliteedi suhtes hankija vajadustega kõige paremini vastav lahendus. Majanduslikkuse ja ka kvaliteedi põhimõtteist lähtuvaid tegureid tuleb arvestada kõikides riigihanke faasides alates riigihanke kavandamisest kuni eduka pakkumuse väljavalimiseni. Rahaliste vahendite tõhusa kasutamise tagab ennekõike hanke eelnev planeerimine.⁹⁸

⁹⁶ EK C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda vs. Commissariaat voor de Media

⁹⁷ EK 30.11.1995 otsus C-55/94, Gebhard vs. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, EK 27.10.2005 otsus C-234/03, Contse jt.

⁹⁸ E. Kergandberg, P. Blankinm, M. Lemetti. Avaliku ja erasektori partnerlus. Äripäeva Kirjastus. Lk 100. 2007.

EL toimimise lepingu üldpõhimõtetest, mida käsitleti eelnevas punktis, on välja arendatud Euroopa Kohtu poolt ka võrdse kohtlemise ehk mittediskrimineerimise, vastastikuse tunnustamise, proportsionaalsuse ja läbipaistvuse põhimõtted.

Võrdne kohtlemine eeldab läbipaistvust, sest kui läbipaistvuse põhimõttest kinni ei peeta, ei ole rikkumist võimalik tuvastada⁹⁹. Võrdne kohtlemine peab seejuures olema tagatud kõikides nii hanke etappides kui ka partnerluse etappides. Lähtuvalt Euroopa Kohtu praktikast, on oluline tegur erasektori pakkuja päritolu või asukoht mingis liikmesriigis või piirkonnas. Kohtuasjas Beentjes ja Storebelt¹⁰⁰ on antud täpne sisu võrdse kohtlemise põhimõttele, mille kohaselt ei tohi hankele esitatavad nõuded olla nn kohalikud, teatud piirkonna pakkujaid soosivad ega diskrimineerivad. Võimalikud piirangud ei tohi olla isegi ka vahetult või kaudselt diskrimineeriva mõjuga ega olla õigustamatuks takistuseks õigusele pakkuda teenuseid või õigusele tegevuskoha rajamise vabadusele.¹⁰¹

Mittediskrimineerimise põhimõte tuleneb EL õiguspraktikast ning EL toimimise lepingu art 18 (EÜ asutamislepingu art 12) märgitud keelust, mis läbi kaupade vaba liikumise, teenuste vaba pakkumise ja kapitali vaba liikumise on olnud aluseks ka muudele põhimõtetele nagu eelnevalt märgitud võrdne kohtlemine, proportsionaalsuse põhimõte jne. Riigihankeõiguses ja ka laiemalt saab mittediskrimineerimise põhimõtet pidada EL toimimise lepingu põhivabaduste üheks põhialuseks. Arvestades eeltoodut, siis senises Euroopa Kohtu praktika põhjal võib väita, et mittediskrimineerimise põhimõte on võrdse kohtlemise põhimõtte osas eripõhimõte, millede rakenduspraktika on küllaltki sarnane¹⁰².

Läbipaistvuse põhimõtte all peetakse eelkõige silmas õigust pääseda juurde dokumentidele, mis on olulised hanke seisukohalt. Seejuures on Euroopa Kohus leidnud, et läbipaistvuse kohustus seisneb sisult ka potentsiaalsete pakkujate teavitamises sellisena, mis oleks piisav, et turg avaneks¹⁰³. Samuti on ka läbipaistvuse põhimõte kirjutatud otsesõnu sisse ka RHS- sse. Vastavalt Rahandusministeeriumi riigihangete juhisele, tagab läbipaistvuse ja kontrollitavuse hanketeadete või kavandatavate hangete kohta informatsiooni avaldamine, pakkujatele, taotlejatele ja asjast huvitatud kolmandatele isikutele informatsiooni andmine läbipaistval viisil, pakkumuste avamine ja otsuste tegemine komisjoni poolt, otsuste põhjendatus ja

⁹⁹ Riigihangete juhise. Rahandusministeerium. Tallinn 2007. – Arvutivõrgus:

<https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/riigihangete-korraldamine>

¹⁰⁰ EK C-31/87, Beentjes vs. Madalmaade riik, EK C-243/89, komisjon vs. Taani

¹⁰¹ EK 18.10.01, C19/00, SIAC Construction, EK 20.09.88, C-31/87 Beentjes vs. Madalmaade riik

¹⁰² EK 18.11.1999.a. C- 275/98, Unitron Scandinavia ja 3-S , EK 12.12.2002.a. C-470/99, Universale-Bau jt.

¹⁰³ EK 30.05.02. C-358/00, Deutsche Bibliothek

lâbipaistvus, omistatud hankelepingute kohta aruannete ja nende lisade esitamine ning hankeprotsessi dokumenteerimine.¹⁰⁴ Lâbipaistvuse põhimõtte sisustamisel on seejuures märgitud laiendavalt, et nõue kehtib ka teiste toimingute suhtes, mis jäävad direktiivide ulatusest välja ning on fikseeritud sekundaarses seadusandluses.¹⁰⁵

Eraldi on ka näiteks Euroopa Kohus oma kohtuasjas võrdse kohtlemise põhimõtte käsitlemisel vihjanud ka lâbipaistvuse kohustusele, selleks, et saaks kontrollida sellele vastavust¹⁰⁶. Kui minna veelgi konkreetsemaks, siis tähendab see, et lepingu sõlmimise kriteeriumid peavad hankedokumentides või hanketeates olema sõnastatud nii, et kõik mõõdukalt hästi informeeritud ja tavalise hoolikusega pakkujad tõlgendavad neid ühtemoodi. Selline lâbipaistvuse kohustus tähendab ka seda, et ostja peab tõlgendama lepingu sõlmimise tingimusi ühtemoodi kogu menetluse jooksul.¹⁰⁷

Konkurentsieeskirjad on küll kirjas EL toimimise lepingus (EL toimimise lepingu art 101-109 (EÜ asutamislepingu artiklites 81-89)), milledest on liikmesriikide kohtud ka konkurentsipõhimõtte aluseid leida üritanud¹⁰⁸, kuid tegelikkuses vastavad konkurentsieeskirjad riigihankeõiguse konkurentsi põhimõtte alla ei lähe. Raske on hinnata, miks ei ole siiani Euroopa Kohtu kohtuasjades konkurentsi tagamise põhimõtet põhjalikumalt käsitletud. Samas saab konkurentsi tagamist pidada põhivabadustest lähtuvalt üheks põhialuseks riigihankeõiguses. Kehtiva RHS juures räägitakse eelkõige olemasoleva konkurentsi efektiivsemast kasutamisest, milleks tuleb esmalt analüüsida vastava kaubaturu olukorda ja teha kindlaks, milliseid kaupu või teenuseid oleks konkreetsetl vâja osta¹⁰⁹.

2.2 Avaliku ja erasektori partnerluse käsitlemise areng EL riigihankeõiguses

PPP käsitlemise areng riigihankeõigusest tulenevalt on erinevate EL-s liikmesriikide lõikes olnud väga erinev. Lisaks juba eelpool käsitletud EL toimimise lepingust tulenevale ning hankedirektiivides toodule, on vaieldamatult olnud oluline roll PPP arengus täita juba ka eelpool toodud Euroopa Kohtu senisel praktilal, mis on ka paljuski olnud tõukejõuks

¹⁰⁴ Riigihangete juhîs. 2007.

¹⁰⁵ EK 03.12.01, C-59/00, Vestergaard

¹⁰⁶ EK C-275/98 Unitron Scandinavia

¹⁰⁷ EK 18.10.2001, C-19/00, SIAC Construction

¹⁰⁸ EK 07.10.2004. a. C-247/02

¹⁰⁹ Kergandberg, E. Blankin, A ja Lemetti M. 2007.

täpsemate reeglite väljatöötamisel, kuigi ka kohtupraktikast lähtuvalt on siiani vaieldavusi PPP määratluse küsimustes, sest tihti ei mõisteta sarnaselt PPP õiguslikku olemust. Näiteks kõige enam käsitlemist kohtupraktikas on seejuures leidnud kontsessioonidega seonduv, mille osas võrreldes Eesti praktikaga on vaieldavus teenuste kontsessiooniks liigitamisel. Euroopa Kohtu seisukohalt võetuna võiks lepingu liigitada kontsessiooniks, kui teenuseid puudutava lepingu raames ei maksa lepingupartnerile tasu hankija ise, vaid tal on õigus võtta tasu kolmandatelt isikutelt ning juhul, kui lepingupartner võtab täielikult või vähemalt suures osas üle hankijale kuuluva teenuse osutamisega seotud riski. Sisuliselt peaks seega tasu võtmise õigus ja risk kontsessiooni andmise puhul eksisteerima paralleelselt ning üksnes ühe tingimuse täitumisel ei ole võimalik väita, et tegemist on kontsessiooni andmisega.¹¹⁰ Samas autori hinnangul tuleks siin kõiki asjaolusid vaadata tervikuna, sest ka paljudel juhtudel on tasu maksjaks nii kolmandad isikud kui ka hankija ise. Seega ei tohiks välistada kontsessioonide määratlemisel automaatsel need PPP projektid, kus tasu maksmine toimub ka hankija kaudu või kombineerituna.

2.2.1 Ebapiisavad partnerluse alused EL riigihankeõiguses

Vajalik õigusraamistik, mis võiks olla aluseks PPP projektidele, on EL õiguses jätkuvalt reguleerimata ning koordineerimata. Vaatamata sellele on PPP saavutanud kogu Euroopas aina suuremat populaarsust. Erinevates EL liikmesriikides kasutatakse erinevaid mudeleid sõltuvalt siseriiklikust õigusraamistikust ja sektorist, kus PPP-sid kasutatakse. Vajaliku õigusraamistiku tekitamine on vajalik eelkõige selleks, et PPP-d rakendatakse õigesti, mis viib sellisel juhul reeglina ka väiksemate kasutuskuludeni, riski suurema hajutamiseni, avalike tööde ja teenuste kiirema tegemiseni ning kvaliteedi paranemise ja kokkuhoiuni.

Euroopa Komisjon on märkinud, et täpsemal vaatlemisel torkab silma, et PPP arengustaadium on EL siseselt küllaltki erinev. Laias laastus võib eristada kolme liikmesriikide rühma: tipprühm, kuhu kuuluvad Ühendkuningriik, Prantsusmaa, Saksamaa, Iirimaa ja Itaalia, keskrühm ning rühm, kuhu kuuluvad selles valdkonnas väheste kogemustega riigid. Kesk- ja Ida-Euroopa riigid moodustavad oma erilise majandusliku ja poliitilise olukorra tõttu eraldi rühma. PPP mängib neis riikides tänapäevase infrastruktuuri loomisel eriti olulist rolli¹¹¹.

¹¹⁰ EK. 10.09.09, C-206/08 Eurawasser

¹¹¹ Euroopa Parlament. B. Weiler. Töödokument. Komisjoni roheline raamat avaliku ja erasektori koostöö ning ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal. Lk 2. 2009.

Ülalnimetatud liikmesriikide tipprühma iseloomustab Euroopa Komisjoni analüüsi kohaselt see, et neil on laialdased kogemused erinevates sektorites, alates raudteede ja teede infrastruktuurimeetmetest kuni projektideni tervishoiusüsteemis ning hariduse ja vanglate valdkonnas. Lisaks on neil riikidel sageli selge ettekujutus PPP projektide eelistest ja puudustest üksikutes sektorites. Tihti on siseriiklikul või piirkondlikul tasandil olemas juba konkreetsed õigusaktid ning edukuse mõõtmiseks on välja töötatud sihipärased hindamismeetodid. Teistes riikides, nagu Iirimaa, on moodustatud oma PPP üksused, et välja töötada ja tsentraliseerida PPP õigusekspertiise.

Euroopa Parlamendi ja Euroopa Nõukogu tasemel on hilisemate hankedirektiividega, mis olid kavandatud moderniseerima ja lihtsustama EL õigusraamistikku erasektori valikut, rajatud uudne lepingute sõlmimise protseduur. Vastav protseduur oli kavandatud eriti keeruliste lepingute sõlmimiseks, mis oleks sh sobiv PPP protseduuride ja lepingute sõlmimise korraldamiseks. See uus protseduur, mida nimetatakse võistlevaks dialoogiks, lubab avalikul sektoril pidada diskussioone lepingu sõlmimist taotlevate ettevõtetega selleks, et identifitseerida lahendusi, mis parimal viisil sobiksid määratletud vajadustega.¹¹² Võistleva dialoogi õiguslik regulatsioon jõustus ka 2007. a Eesti RHS-s, kuid PPP-de korraldamiseks Eestis seda seni ei ole kasutatud.

Euroopa Parlament kutsus 2002. a Euroopa Komisjoni uurima võimalust võtta vastu direktiivi projekt, mis oleks suunatud homogeensete reeglite sisseviimisele kontsessioonide sektori ning muude PPP vormide jaoks¹¹³. Vastavate tegevuste elluviimiseks koostati Euroopa Komisjoni poolt roheline raamat PPP- de kohta ning EL õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide suhtes.¹¹⁴ Rohelise raamatu eesmärk oli alustada debatti EL õiguses PPP rakendamise kohta riigihankelepingute ja kontsessioonide osas, mille tulemiks planeeritakse seeläbi ühtse õigusliku regulatsiooni tekitamist. PPP-sid esitlevas rohelises raamatus on käsitletud rida teemasid, mis on seotud PPP-sid, riigihankelepinguid ja kontsessioone reguleeriva ühenduse õigusega. Arutelust osalenud huvigruppide vastustest selgub, et ainult osa nimetatud probleemidest vajavad järelmeetmete algatusi EL tasandil. Olulisemadena tuuakse välja seejuures kontsessioonide andmisega ja PPP ettevõtete asutamisega avalike teenuste pakkumisega seonduv. Mõlema teema puhul soovis enamik huvigruppe EL algatusi, mis

¹¹² E. Kergandberg jt, Aversus: avaliku ja erasektori koostöö. Äripäeva Kirjastus. Lk 21. 2011

¹¹³ Euroopa Parlament. Arvamus Euroopa Komisjoni ettepaneku kohta. COM (2000) 285, 10.05.2002.

¹¹⁴ Euroopa majandus- ja sotsiaalkomitee arvamus, mis käsitleb dokumenti "Roheline Raamat avaliku ja erasektori koostöö ning ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal". EL Teataja C 120/103. 2005 COM (2004) 327 final.

tagaksid suurema õiguskindluse¹¹⁵. Roheline raamat oli esimene EL õiguse otsene tahte väljendus, mis käsitles senisest põhjalikumalt PPP-sid. Rohelisele raamatule järgnenud arutelul vähesest osalejatest enamik oli PPP horisontaalse reguleerimise vastu, kuid pooldas kontsessioone, institutsionaliseeritud PPP ning "in-house" suhteid puudutavaid algatusi. Üksmeel puudus seejuures võimalike algatuste vormide suhtes, s.t kas tuleb eelistada õigusloomega seotud või õigusloomega mitteseotud meetmeid.¹¹⁶

2.2.2 EL riigihankeõiguse ühtlustamise vajadus hankedirektiividest tulenevalt

PPP kujutab endast põhimõtteliselt ühte riigihanke vormi, kuigi ka selles küsimuses on vaieldavusi ning eelkõige palju teadmatust. PPP korraldamises on valdavalt levinud nii siseriikliku õiguse kui ka Euroopa Kohtu senise praktika tõttu õiguskindlusetus, mis tuleks kaotada. Valdkonna reguleerimisel tuleb autori arvates hoolikalt uurida, millises osas saab eeskirju ühtlustada, kaotamata seejuures olulisi erinevusi. Põhimõtteliselt tuleb seadusandlikku protsessi suhtuda autori hinnangul ettevaatlikult, sest PPP kujutab endast sageli väga keerukaid kokkuleppeid, mille atraktiivsus saab jääda püsima ainult paindliku reguleerimise puhul.

Õiguspoliitiliselt tuleks autori arvates esitada selged seisukohad, mille kohaselt oleks võimalik alati, kui valitakse eraõiguslikku partnerit, valida läbipaistvad menetlused.

2011.a detsembris avaldas Euroopa Komisjon riigihangete alaste direktiivide eelnõude paketi – nn uued klassikalised direktiivid, mis hakkab asendama hetkel kehtivat 2004/18 /EÜ direktiivi, uus võrgustiku direktiiv, asendamaks 2004/17/EÜ direktiivi ning lisaks üks täiesti uus algatus –kontsessioonide direktiiv¹¹⁷.

Euroopa Komisjoni hinnangul on direktiivide selgituste kohaselt kontsessioonid õiguslikult alareguleeritud valdkond ning arvestades kontsessioonide mahtusid, põhjustab selline seaduselünk tõsiseid moonutusi ühenduse siseturul, piirates Euroopa ettevõtjate, eelkõige

¹¹⁵ Euroopa Ühenduste komisjon. Komisjoni teatis EP-le, Nõukogule, Euroopa majandus- ja sotsiaalkomiteele ning regioonide komiteele. Avaliku – ja erasektori partnerluste ja ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal. Brussels. 15.11.2005. lk 7. COM(2005) 569 final.- Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0569:FIN:et:PDF>

¹¹⁶ Euroopa Parlament. B.Weiler. siseturu- ja tarbijakomisjon. Avaliku ja erasektori partnerlus ning ühenduse õigus riigihangete ja kontsessioonide alal (2006/2043(INI).

¹¹⁷ Euroopa Komisjon. Ettepanek: EP ja Nõukogu direktiiv kontsessioonide sõlmimise kohta. Brüssel, 20.12.2011. KOM (2011) 897. – Arvutivõrgus <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/eelnoud>

väikese ja keskmise suurusega ettevõtjate juurdepääsu kontsessioonilepingutega seotud majanduslikele võimalustele¹¹⁸. Uue direktiivi eelnõu eesmärk on kehtestada kõigile liikmesriikidele sarnane õigusraamistik, vähendades seeläbi kontsessioonide andmisega seotud ebakindlust ning tagades kõigile EL ettevõtjatele tegeliku ja võimalikult avatud juurdepääsu kontsessiooniturule. Lisaks peaks asjakohane uus õigusraamistik soodustama avaliku ja erasektori investeeringuid taristutesse ja strateegilistesse teenustesse majanduslikult kõige tasuvamal viisil.

Vaadeldes uut õiguslikku ettepanekut detailsemalt, nähtub autori arvates selgelt Euroopa Komisjoni soov piiritleda konkreetne valdkond kehtestades avaliku ja võrgustiku sektori hankijatele selged eeskirjad, mis hõlmavad kontsessioonide andmist käsitlevaid aluslepingu põhimõtteid ning miinimumtagatiste rakendamist kontsessioonide andmise menetlustes. Direktiivi eelnõu piiritleb selgemalt direktiivi kohaldamisala, kehtestab kontsessiooni ja sellega seotud mõisted, selgitatakse ja sisustatakse näiteks riskide mõiste, kontsessioonilepingute kehtivusajaga seonduv, kehtestatakse nõudmised konkreetsete menetlusetappide kohta. Samuti selgitatakse, millistel juhtudel PPP raames sõlmitud lepingutele direktiiv ei kohaldu ning sõnastatakse kehtivate kontsessioonilepingute muutmise seonduvad reeglid. Samas on aga direktiivi mõjuhinnangu kohaselt ka mitmeid küsimusi, mis jäävad direktiivide reguleerimisalast välja. Nii tuuakse välja direktiivi mõjuhinnangus, et ehkki Euroopa Kohus on selgitanud, et kontsessiooni põhiliseks tunnuseks on kontsessioonäri kantav, ehitise või teenuse ekspluateerimisega seotud risk, on määratluse põhielemendid, nagu kõnealuse riski tase ja liigid, endiselt määratlemata. Selgusetuks jääb ka ELi toimimise lepingust tulenevate läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise kohustuste täpne sisu. Ka riikide õigusraamistikud ei aita kõnealust probleemi lahendada, kuna samadel põhjustel ei saa hõlpsasti tagada nende vastavust ELi eeskirjadele. Samuti märgitakse, et praegune mitmel tasandil olev ebakindel olukord põhjustab märkimisväärset majanduslikku ebatõhusust ning paneb avaliku sektori ja võrgustiku sektori hankijad, ettevõtjad ja teenuste kasutajad ebasoodsasse olukorda. Hankijate puhul suurendab õiguskindluse puudumine ebaseaduslikult sõlmitud lepingute tühistamise või ennetähtaegse lõpetamise ohtu ning paneb hankijad kontsessioonide kasutamisest loobuma, ehkki kontsessioonileping võiks olla heaks lahenduseks. Ka ettevõtjad ei soovi osaleda hangetes, mis võivad olla vastuolus ELi õigusaktidega. Piiratud huvi kontsessioonide vastu võib mõjutada negatiivselt PPP partnerluste loomist ning seega seada ohtu ELi kodanike jaoks elutähtsate teenuste tõhususe ja

¹¹⁸ Euroopa Komisjon. „Dokumendi Ettepanek: EP ja Nõukogu direktiiv kontsessioonide sõlmimise kohta.“ Mõju hindamisest. Kommenteeritud kokkuvõte. 2011.

uuenduslikkuse. Uus kontsessioone puudutav direktiiv jõustub suure tõenäosusega juba 2013. aastal ning Eesti siseriiklik õigus peegeldab direktiive pärast Euroopa õiguse ülevõtmiseks määratud tähtaega, tõenäoliselt juba 2015. aastal.

Kokkuvõtvalt saab seoses PPP korraldamisega öelda, et täna puudub sisuliselt ühtne regulatsioon nii eraõigusliku partneri valimise kui ka projekti täpsema rakendamise kohta, kuigi peab arvestama, et EL laiema õigusraamistiku osas kehtivad erapartneri valimisel ka üldised EL toimimise lepingu põhimõtted ning olemasolevad riigihanke direktiivid. EL õiguse kohaldamisel on oluline PPP osas arvestada, et EL õiguse rakendamine puudutab peaaesjalikult pakkujate või erapartneri valimist. EL nn sekundaarne õigus ei kata täielikult PPP neid etappe, mis järgnevad erapartneri valikule. Täiendavalt tuleb rõhutada EL õiguse otsekohaldatavust hankeõiguses ka lähtuvalt Euroopa Kohtu senisest kohtupraktikast.

Tihti on siseriiklikul või piirkondlikul tasandil olemas juba konkreetsed õigusaktid ning edukuse mõõtmiseks on välja töötatud sihipärased hindamismeetodid, kuid need erinevad suuresti riigiti. Euroopa Komisjoni hinnangul on üksnes kontsessioonid õiguslikult alareguleeritud valdkond ning arvestades kontsessioonide mahtusid, põhjustab selline seaduselünk tõsiseid moonutusi ühenduse siseturul, piirates Euroopa ettevõtjate, eelkõige väikese ja keskmise suurusega ettevõtjate juurdepääsu kontsessioonilepingutega seotud majanduslikele võimalustele. Antud probleemi lahendamiseks on töötatud välja ka uus direktiivi eelnõu, mille eesmärk on kehtestada kõigile liikmesriikidele sarnane õigusraamistik. Autori hinnangul lahendab uus direktiiv probleemi üksnes osaliselt, mistõttu oleks vajalik arendada ka edasi PPP laiemalt määratlust, kas soovitude või juhendite tasemel.

3. Avaliku ja erasektori partnerluse alused ja rakenduspraktika Eestis

Eestis on PPP-ga seonduv aktuaalseks muutunud viimastel aastatel, riigi tasemel on tegemist suhteliselt uudse käsitlemisega. Teostatud on mõningaid suuremaid pilootprojekte kohalikes omavalitsustes ning tavapäraseid hoonestusõiguse konkursse, mida ei ole suudetud seostada EL õigusega ega ka riigihankeõigusega siseriiklikult. Tallinna PPP pilootprojektide osas, mida ei korraldatud riigihankeõiguse alusel, on peale seitsme aasta möödumist liiga kulukate ja eelarvet koormavatena käsitletud. Ebapopulaarsuse osas võib põhjuseid näha ka Tallinna linnavalitsuse PPP projektide kaasnenud kahtlustustes, kus nende projektide teostamist on pigem seostatud valitseva erakonna toetajatega¹¹⁹, mis on andnud negatiivse varjundi ka kogu Eesti PPP korraldamisele. Autori hinnangul on nimetatud PPP heaks näiteks sellest, kuidas saab antud kahtlused siduda PPP puudutavate teooriatega, mida käsitles autor töö eelnevates osades. Näiteks lähtuvalt printsipaali-gendi teooriast on keskseks küsimuseks selliste projektide puhul tihti just osapoolte huvid. Kuna antud projektide teostamisel ei ole lähtutud ka riigihankeõigusest, siis on autori hinnangul kahtlused ka põhjendatud, mis viitab ka sellele, et antud PPP projektidega on rikutud Eestis otseselt EL toimimise lepingut.

Kõige parema ülevaate Eestis korraldatud PPP-dest saab sisuliselt Riigikontrolli kohalike omavalitsuste teostatud PPP auditist,¹²⁰ kus auditi tulemusena leiti, et kohalikud omavalitsused ei ole tihti PPP esitatavatest nõuetest teadlikud ega analüüsi, kas projekti elluviimine koos erapartneriga on kõige otstarbekam. Seejuures ei saanud rohkem kui poolte auditeeritud projektide puhul kohalikud omavalitsused üldse arugi, et tegu on PPP-ga, mille elluviimisel tuleb arvestada mitme seadusega. Teadmatuse põhjus oli paljuski selles, et PPP-de korraldamist reguleerivad õigusaktid ei ole üheselt mõistetavad, PPP teoreetiline käsitus ei ole selge ning seesuguseks koostööks puuduvad vajalikud juhtnöörid. Järeldusena leiti kokkuvõtvalt, et erapartneri valimine koostööks ei toimu läbipaistvalt.

PPP turu seotuse olulisust EL õigusega on tänaseks Eestis hinnanud ka Riigikohus kohtuvaidluses, kus projekti määratlemisel ja EL õiguse tõlgendamisel lähtuti EL riigihankeõigusest sh EL toimimise lepingust, millega anti oluline panus PPP korraldamise

¹¹⁹ T. Tänavsuu, V. Toomet. Koole hakkavad haldama riulifirmad. - Eesti Päevaleht. 2006, - Arvutivõrgus: <http://www.epl.ee/news/eesti/koole-hakkavad-haldama-riulifirmad.d?id=51062721>

¹²⁰ Riigikontrolli aruanne „Avaliku ja erasektori koostöö kohalikes omavalitsustes“ Riigikogule, Tallinnas, 3 aprill 2012. – Arvutivõrgus: <http://www.riigikontroll.ee/DesktopModules/DigiDetail/FileDownloader.aspx?FileId=11533&AuditId=2235>

seostamisele Eestis riigihankeõiguses EL õigusega. Riigikohtu asjas¹²¹ oli vaidlusaluseks jäätmekäitlusteenusega seotud konkurss, mille osutamiseks sõlmis kohalik omavalitsus võlaõigusliku lepingu omavalitsuse omandis oleva prügila (kinnistu) koormamiseks erapartneri kasuks, mis sisuliselt tähendas prügila opereerimisõiguse andmist. Antud kohtuasjas leidis Riigikohus antud asjaolude pinnalt analoogselt kaebuse esitajaga, et olenemata sellest, milliselt on sõlmitud pooltevaheline leping, tuleb lähtuda lepingulise suhte tuvastamisel lepingu sisust. Riigikohus viitab otsuses, et sisuliselt saab erapartner avalikes huvides teenuse osutamise õiguse koos õigusega küsida jäätmete vedajalt tasu sh märkides, et „asjaolu, et vaidlusalune leping on pealkirjastatud „Kokkulepe kinnistu koormamiseks isikliku kasutusõigusega (ilma asjaõiguslepinguta)“ ei muuda lepingu tegelikku sisu ja eesmärki. Kolleegium jõudis seisukohal, et kuna käsitletava lepingu kohaselt on kohalik omavalitsus andnud erapartnerile õiguse võtta kolmandatelt isikutelt tasu ja erapartner on võtnud üle kohalikule omavalitsusele kuuluva teenuse osutamisega seotud riski, saab kohaliku omavalitsuse ja erapartneri vahelist suhet pidada kontsessioonisuhteks.

Riigikohus lähtus otsuse tegemisel ja kontsessiooni sisustamisel Euroopa Kohtu praktikas väljakujunenud seisukohtadest. Riigikohus jõudis seejuures seisukohale, et kohalik omavalitsus ei juhindunud lepingu sõlmimisel RHS §-s 3 ja EL toimimise lepingu art 49 ja 56 (enne EÜ asutamislepingu art-tes 43 ja 49) sätestatud ja Euroopa Kohtu praktikast välja kujundatud põhimõtetest. Kuna kohaliku omavalitsuse prügila käitamise ja kasutamise üleandmise kohaseks õiguslikuks aluseks ei ole vallavara kord ja kohalik omavalitsus ei viinud läbi menetlust, mis oleks taganud RHS ja EL toimimise lepingu sätestatud põhimõtete järgimise, ei ole kontsessiooni andmine toimunud õiguspäraselt.

3.1 Riigihankeõiguse poliitika ja selle mõju avaliku ja erasektori partnerluse korraldamisele

PPP koordineeritud korraldamine ja vajalik nõustamine koos suunamisega eeldab poliitikaeesmärkide olemasolu ja nende hindamist. EL liikmesriikides on koostatud tegevuskavasid ning sama on teinud ka Maailma Pank ja EIB, millega on üritatud PPP mehhanisme seletada ning PPP laenude abikõlblikust hinnatud.¹²² Rahandusministeerium riigihankeõiguse koordineerivat rolli kandva riigiasutusena Eestis ei ole PPP valdkonda

¹²¹ RK HKo 3-3-1-66-10

¹²² EIB. Evaluation of PPP projects finances by the EIP. Evaluation Report (Sythesis Report). Lk 4. 2005.

prioriteetseks pidanud. Rahandusministeerium on üritanud RHS sõnastada PPP tähendust, kuid ilma täpsemalt PPP olemust avamata ja sisustamata. Täpsemaks PPP määratlemiseks ei ole siiani põhjust leitud, kuigi raamatpidamise üldeskirja ja RTJ ning RHS tähenduses mõistetakse PPP küllaltki erinevalt. Rahandusministeeriumi esindajad on intervjuu andmisel leidnud, et informatsioon PPPde kohta kogutud ei ole. Samuti ei ole selliseid projekte ka nõustatud ega teostatud nende üle järelevalvet.¹²³

PPP-projektide propageerimiseks on paljud EL liikmesriigid välja töötanud vastavad tegevuskavad (sh Taani, Läti jt)¹²⁴. Samuti on tegevuskavade väljatöötamiseks omapoolse soovitusena andnud Euroopa Komisjon. Eestis täna ei ole Rahandusministeerium veendunud, et PPP-projektide rakendamist peaks propageerima. Samas valitsuse tasemel kinnitatud tegevuskava koordineerimise tõstmiseks PPP-valdkonnas võib osutada vajalikuks PPP-projektide ohjamiseks. Sel juhul oleks tegemist valdkondliku arengukavaga, kuhu oleksid kaasatud ka teised ministeeriumid.¹²⁵

Paljudes EL liikmesriikides on peetud vajalikuks korraldada PPP küsimuste lahendamine ja koordineerimine eraldi selleks moodustatud PPP üksuste kaudu. Rahandusministeerium on seisukohal, et Eestis ei oleks riiklikul tasandil PPP-üksuse loomine tehnilise ekspertiisi keskuseks praktilisest vajadusest lähtuvalt otstarbekas. Kuna prognooside põhjal võib järeldada, et riiklike PPP-projektide arv lähitulevikus jääb tõenäoliselt väga väikeseks, kuid põhiline huvi on peamiselt kohaliku omavalitsuse tasandil, tuleb koordineerimise suurendamisega tegeleda. Selleks on Rahandusministeeriumi hinnangul 3 võimalust¹²⁶:

- 1) kaaluda PPP-üksuste moodustamist üleriigiliste omavalitsusliitude juurde, kes tegeleksid konsulteerimisega, st sobivate ekspertide ja konsultantide leidmisega jne. Eeldus: PPP-projekte on kavas teostada paljudes omavalitsustes ning vastav huvi on olemas.
- 2) PPP-infot jagavad EAS-i koordineeritavad MAK-id (maakondlikud arenduskeskused) Jagatakse infot seadusandluse, läbiviidud projektide, võimalike ekspertide jne kohta). Rahastamine läbi riigieelarve.
- 3) Olenemata sellest, kas PPP-üksus luuakse omavalitsusliitude või MAK-ide juurde või ei looda üldse, peaks Rahandusministeerium läbiviidud projektide kohta

¹²³ A. Peedu, K. Teder. Riigikontroll. Intervjuu protokoll. Rahandusministeeriumi esindajatega kohtumine. 2011.

¹²⁴ I. Murula. Avaliku ja erasektori partnerlussuhete alase raamseaduse loomise vajalikkus. Bakalaureusetöö. Tartu Ülikool Õigusinstituut. Lk 25. 2006

¹²⁵ VV istungi materjalid. A.Sõerd. Erasektori investeeringute kasutamist reguleerivate õigusaktide ülevaade ning täiendamise ja koordineerimisvajaduse analüüs. Memorandum (Riigikontroll). 2006.

informatsiooni koguma ning jagama nii seda kui ka seadusandlust puudutavat informatsiooni. Rahandusministeeriumi ülesandeks ei peaks olema PPP-projektide konsulteerimine.

Vastavalt VV istungil arutatule on Rahandusministeerium pidanud esmajoones otstarbekaks käivitada info kogumine PPP-projektide kohta, selleks vajadusel ka seadusandlust muutes, ning avalikustada see ministeeriumi veebilehel (üks võimalik lahendus on ka eraldi veebilehe loomine). Autori täpsemal uurimisel, kas VV istungil seatud eesmärgid ja tegevused on täidetud, on selgunud, et igasugune tegevus PPP valdkonna osas on puudunud. Alles 2013. a peale Riigikontrolli korduvat tähelepanu juhtimist on koostatud eraldi kontsessioonide analüüs¹²⁷. Täiendavalt esitleti samal VV istungil eraldi analüüs PPP seaduse väljatöötamise vajaduse hindamiseks, mille osas kasutati ka Inga Murula bakalaureusetööd¹²⁸, mille ülesandepüstitus valmis koostöös Rahandusministeeriumiga. Vastava analüüsi raames hinnati, kas kehtivates õiguslikes regulatsioonides on takistusi edukate PPP projektide teostamiseks ning tulenevalt sellest, kas Eesti vajaks PPP raamseaduse väljatöötamist, et kõrvaldada võimalikud takistused ning edendada PPP projektide rakendamist. Analüüsi tulemusena leiti, et Eesti ei vaja PPP alase raamseaduse loomist ning kehtiv õigus ei takista erinevate PPP partnerlusvormide rakendamist. Eraldi toodi välja veel täiendavalt asjaolu, et välisriikide PPP raamseadused on pigem pedagoogilise ning suunava sisuga, mis aga Eesti kontekstis ei ole põhjendatud ega oma praktilist väärtust¹²⁹. Arvestades käesoleva töö raames korraldatud uurimust, siis sellest tingituna ei saa autor antud seisukohaga kuidagi nõustuda, sest nii kohtupraktika kui ka Riigikontrolli auditi tulemused viitavad selgelt vajadusele valdkonna täpsema koordineerimise järele, kas eraldi seaduse või muude regulatsioonide kaudu.

PPP koordineeritud korraldamine ja vajalik nõustamine koos suunamistega eeldab poliitikaeesmärkide olemasolu ja nende hindamist. PPP-projektide propageerimiseks on paljud EL liikmesriigid välja töötanud vastavad tegevuskavad. Lisaks on paljudes EL liikmesriikides peetud vajalikuks korraldada PPP küsimuste lahendamine ja koordineerimine eraldi selleks moodustatud PPP üksuste kaudu. Eestis on kõik need koordineerivad ja strateegilised tegevused tegemata.

¹²⁷ M. Mikhelson. Kontsessioonid. Rahandusministeerium. Analüüs. 2012.

¹²⁸ I. Murula. Avaliku ja erasektori partnerlussuhete alase raamseaduse loomise vajalikkus. Bakalaureusetöö. Tartu Ülikool Õigusinstituut. 2006.

¹²⁹ I. Murula. Lk 26.-30. 2006.

3.2 Siseriiklikud õigusallikad ja nendest tulenevad erandid ning piirangud

Siseriiklikust õigusest tulenevalt reguleerib PPP projekte RHS, mille kohaselt tuleb riigile ja KOV-idel asjade ostmisel, teenuste tellimisel, ehitustööde tellimisel ja ehitustööde ning teenuste kontsessioonide andmisel, samuti kontsessioonäri poolt ehitustööde tellimisel reeglina korraldada riigihange, kui tehingu rahaline maht ületab RHS §-is 15 sätestatud piirmäärasid. Eelduslikult ületavad enamus PPP projekte oma pika eluea tõttu riigihangete piirmäära sh rahvusvahelist piirmäära¹³⁰. Erandid, millal riigihankemenetluse reegleid PPP korral järgima ei pea, sätestab RHS § 14, millest partnerlusprojekti puhul võiks kõne alla tulla järgmised juhtumid.

1) Kinnisasja või kinnisasjaõiguse omandamine, üürimine ja rentimine;

Hankija ei ole kohustatud RHS-is sätestatud korda rakendama, kui leping sõlmitakse kinnisasja või sellega seotud õiguste omandamiseks, üürimiseks või rentimiseks, sõltumata lepingu liigist (RHS § 14 lg 1 p 6). Seda erandit ei kohaldata kinnisasjade või nendega seotud õiguste omandamise, üürimise või rentimisega seotud finantsteenuste tellimisele. Kuna on võimalik, et korraldatud PPP projekt, mis on seotud hoonestusõiguse seadmise ja tagasi üürimisega, kujundatakse selliselt, et riik üürib erasektori partnerilt mingit kinnisvaraobjekti, võib PPP projekti puhul põhimõtteliselt olla tegemist selle erandi rakendusalassee jäävate juhtumiga. Siiski tuleb töö kirjutaja arvates arvesse võtta, et selliste tehingute puhul tuleb hindamisel lähtuda tehingu tulemusena hangitavatest teenustest kogumis. Kogumis vaadatuna ei ole PPP projekti puhul tegemist üksnes kinnisasja omandamise või üürimise tehinguga, vaid sisuliselt ikkagi ehitamise ja teenuste kombinatsiooniga, mis toob kaasa vastava riigihanke reeglite kohaldumise.

2) Erandi „majasisese üksuse“ rakendamine;

Lähtuvalt „majasisese üksuse reeglist“, siis RHS-i reegleid ei pea järgima juhul, kui on täidetud järgmised tingimused:

- a) hankija sõlmib lepingu äriühinguga, mille kõik aktsiad või osad kuuluvad otseselt sellele hankijale või talle koos teiste hankijatega, ja
- b) äriühingu tegevus on peamiselt seotud asjade müümisega, teenuste osutamisega või ehitustööde tegemisega tema osanikuks või aktsionäriks või asutajaks olevatele hankijatele, ning

¹³⁰ Euroopa Komisjon. Määrus nr 1251/2011, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ, 2004/18/EÜ ja 2009/81/EÜ seoses riigihankemenetluste suhtes kohaldatavate piirmääradega. 2011.

- c) äriühing või sihtasutus on hankijale müüdavad asjad või asjade valmistamiseks, teenuste osutamiseks või ehitustööde tegemiseks vajalikud vahendid hankinud samas korras, nagu oleks käesolevast seadusest lähtuvalt pidanud hankima see hankija ise (RHS § 14 lg 1 p13).

Antud erandit nimetatakse ka „in-house erandiks“, mille osas on võimalik asuda seisukohale, et kui lahendada PPP projekt institutsionaliseeritud koostööna nii, et riik kõigepealt asutaks vastava äriühingu, mis kuuluks 100% riigile, ei pea riigihanke reegleid järgima. Sellisel juhul sõlmiks riik loodava äriühinguga kõik vajalikud lepingud ning alles seejärel kaasaks PPP projekti erainvestori võõrandades viimasele äriühingus osaluse.

Senises õiguskirjanduses ja kohtupraktikas ollakse siiski seisukohal, et ka sellisel juhul tuleb lähtuda tehingute majanduslikust sisust ning hinnata tehingu tulemusena saavutatavat majanduslikku efekti ning juhul, kui sellisel juhul on valitsevaks majanduslikuks tulemuseks eraldivõetuna riigihanke korraldamise reeglitele alluvate tööde tellimine, tuleb kohaldada hankereegleid. Lisaks nõuab kohtupraktika, et in-house erandi kohaldamiseks peab riik (KOV) teostama äriühingu üle samasugust juhtimislikku kontrolli nagu ta teostaks oma struktuuriüksuse üle. Lisaks leiab kohtupraktika, et riigihankemenetluse kasutamise kohustus on ostjal alati, kui pakkuja puhul on kas või minimaalselt kaasatud erakapital.

3) Segaosalusega äriühingu asutamine ehk institutsionaliseeritud PPP;

Nii RHS ega ka selle aluseks olevad riigihangete direktiivid ei reguleeri otseselt selliste tehingute tegemist, millega luuakse äriühing, milles on osalus nii riigil (KOV) kui ka projekti teostaval erasektori partneril. Sellise äriühingu asutamiseks sõlmitavad lepingud ei allu otseselt RHS-i reeglitele. Euroopa Komisjon on oma tõlgendavas teatises PPP institutsionaliseeritud partnerlusprojektide kohta¹³¹ nentinud, et praktikas on sageli väga keeruline kasutada kahte eri menetlust, millest üks seisneb eraõigusliku koostööpartneri valimises ning teine lepingu sõlmimises segaosalusega äriühinguga. Nimetatud põhjusel on Euroopa Komisjon lahendusena pakkunud välja võimaluse luua PPP institutsionaliseeritud partnerlus kooskõlas EL õigusega selliselt, et eraõiguslik partner valitakse läbipaistva ja avatud konkurentsiga menetluse kaudu, mille objektiks on ühel ajal nii hankелеping, mis sõlmitakse segaosalusega äriühinguga, kui ka eraõigusliku partneri roll nende ülesannete täitmisel või tema panus segaosalusega äriühingu haldamisse. Selliselt toimides saavutatakse eraõigusliku partneri valikuga nii PPP institutsionaliseeritud partnerlus, kui ka hankелеpingu

¹³¹ Euroopa Komisjon. Tõlgendav teatis riigihangete ja kontsessioone reguleeriva ühenduse õiguse kohaldamise institutsionaliseeritud PPP suhtes. C (2007) 6661. Lk 5-6. 2008.

sõlmimine segaosalusega äriühinguga. Seetõttu tuleb autori arvates asuda seisukohale, et ka segaosalusega äriühingu loomise korral PPP-projekti läbiviimiseks tuleb üldreeglina lähtuda RHS-is sätestatud reeglitest.

Avaliku sektori esindaja ehk hankija on üldjuhul kohustatud korraldama hankemenetluse avatud hankemenetlusena või piiratud hankemenetlusena (RHS § 25 lg 3). Avatud või piiratud hankemenetluse käigus on hankijal keelatud pidada pakkujatega läbirääkimisi (RHS § 58 lg 3 ja 61 lg 2). Arvestades PPP-projekti keerukust ning asjaolu, et rahvusvahelise praktika kohaselt töötatakse iga PPP-projekti finantseerimisskeem välja hankija ja pakkuja(te) läbirääkimistel, ei ole avatud või piiratud hankemenetluse raames soovitava tulemuseni jõudmine tõenäoline.

Erandina on hankijal RHS alusel (RHS § 26 lg 2) õigus korraldada hankemenetlus võistleva dialoogina, kui hankija ei ole objektiivselt võimeline kindlaks määrama oma vajadusi rahuldavaid tehnilisi lahendusi ning seetõttu ei ole avatud või piiratud hankemenetluse reeglite kohaselt soovitud tulemuseni jõudmine võimalik. Võistleva dialoogi näol on tegemist menetlusega, mis on spetsiaalselt loodud eriti keerukate projektide elluviimiseks, milleks reeglina kvalifitseeruvad ka PPP-projektid. Siiani ei ole Eestis PPP projektide korraldamiseks antud menetlust kasutatud.

Teiseks võimalikuks erimenetluseks RHS-ses, mille kaudu soovitud tulemuseni jõuda, võiks olla kontsessiooni andmise menetlus (RHS § 17 lg 1). Ehitustööde kontsessiooni andmine toimub lepinguga, mille ese on sama, mis ehitustööde hankelepingul. Tavalisest ehitushankest eristub kontsessioon seeläbi, et tööde teostaja tasuks on kontsessioonäärile antud ehitise ekspluateerimise õiguses või selles õiguses koos hankija rahalise maksega. Kontsessiooniga on seega tegu juhul, kui hankija poolt makstava tasu asemel on tasuks ehitise kasutusõigus, mis võib olla kombineeritud hankija poolt rahasumma maksmisega pakkujale. Reeglina kasutatakse viimast juhul, kui hankija soovib kontsessiooni tulemusena saavutada avaliku teenuse odavamat hinda teenuste tarbija jaoks. Kontsessiooniga on Euroopa Komisjoni tõlgendusliku teatise kohaselt tegemist siis, kui ehitise kasutamisega ja kasutusõigusest tulu

saamisega seotud riisikot kannab kontsessioonäär¹³², sama aspekti rõhutab ka RHS-i eelnõu seletuskiri.¹³³

Halduskoostöö seadus (HKTS) näeb ette täiendavad reeglid juhaks, kui on tegemist füüsilistele või juriidilistele isikutele riigi või KOV avaliku halduse ülesannete (haldusülesannete) iseseisvaks täitmiseks volitamise. HKTS ei kohaldata, kui haldusülesande täitmiseks volitamisel sõlmitakse tsiviilõiguslik leping, järgides HKTS sätestatut. HKTS kohaselt võib haldusülesande täitmiseks volitamise korral sõlmida tsiviilõigusliku lepingu, kui seadus ei näe ette üksnes halduslepingu sõlmimist, lepinguga ei reguleerita avaliku teenuse kasutaja või muu kolmanda isiku õigusi ega kohustusi, riiki või kohalikku omavalitsust ei vabastata tal lasuvatest kohustustest ja ülesande täitmisel ei kasutata täidesaatva riigivõimu volitusi. Kui lepingust selgelt ei nähtu poolte tahe sõlmida tsiviilõiguslik leping, eeldatakse, et tegemist on halduslepinguga. Otsustamaks, kas mingil konkreetsel juhul on sõlmitud või kavatakse sõlmida haldusleping või tsiviilõiguslik leping, tuleb üldjuhtudel lähtuda HKTS toodud juhiseist. Vastavatest juhistest tuleneb ka, kas sisuliselt on eristamise aluseks avaliku võimu volituste üleandmine eraõiguslikule isikule või siis ka PPP segaosalusena äriühingule.¹³⁴ Seda põhimõtet on korduvalt selgitanud ka Riigikohus.¹³⁵

Põhiseaduse sätestab § 65 p 10, et riigilaenu tegemise ja riigile muude varaliste kohustuste võtmise otsustab Vabariigi Valitsuse ettepanekul Riigikogu. Sellise konstitutsioonilise põhimõtte realiseerimiseks näeb ette reeglid riigieelarve seadus (RES). Riigiasutusel on keelatud võtta laenu, kasutada kapitalirenti ning võtta muid selliseid kohustusi (RES § 29 lg 3). Samuti on keelatud anda tagatisi ja laene, teha annetusi, osta aktsiaid, osasid ja muid osalusi ning omandada muud finantsvara, kui iga aasta kohta Riigikogu poolt seadusena vastuvõetavas riigieelarves ei ole ette nähtud teisiti.

Riigiasutus võib sõlmida lepinguid esemete ostmiseks või teenuste, sealhulgas ehitustööde tellimiseks eelseisvate eelarveaastate arvel tingimusel, et ühelgi eesseisval eelarveaastal täitmisele kuuluvate lepingujärgsete maksete maht kokku ei ületa 50 protsenti temale jooksvaks eelarveaastaks ettenähtud vastava kuluartikli summast. Selle määra ületamisel

¹³² Euroopa Komisjon. Teatis kontsessioonidega seotud tõlgenduslike küsimuste kohta. - ELT C 121/2, 29.04.2000.

¹³³ RHS seletuskiri

¹³⁴ M. Lind. Avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlusprojektid ja hankelepingute üleandmine. Juridica VI/2009, lk 361.

¹³⁵ RK nr 3-3-1-64-03 ja nr 3-3-1-59-05

annab lepingute sõlmimise loa rahandusministri ettepanekul Vabariigi Valitsus, kui riigieelarves ei ole ette nähtud teisiti (RES §31 lg 1 ja lg 2).

Laenulepinguga RES-i tähenduses on tegemist eelkõige juhul, kui riik ise seda raamatupidamislikult laenuna kajastab, riik on tehinguga võtnud üle finantseerimiskulu kandmise kohustuse või kui riigi poolt tehtavate maksete eest saadavaks peamiseks vastusoorituseks on krediidisumma kasutamise õigus. Laenu ja investeeringu eristamise keerukusest tulenevalt tuleb ka poolte poolt investeeringuna käsitatud lepingu puhul arvestada riskiga, et tehing allub RES-ist tulenevale laenukeelule. Seadusest tuleneva keeluga vastuolus olev tehing on tühine, kui keelu mõtteks on keelu rikkumise korral tuua kaasa tehingu tühisus, eelkõige juhul, kui seaduses on sätestatud, et teatud tagajärg ei tohi saabuda (TsÜS § 87). Kuivõrd kirjeldatud RES-i piirangute eesmärgiks on tagada, et riigile ei tekiks siduvat laenukohustust või muud pikaajalist kohustust muul juhul, kui nende reeglite kohaselt ning keeld on seaduses sõnastatud absoluutsena, on võimalik, et piirangute mittejärgmise tagajärjeks on tehingu tühisus. Seega tuleb asuda seisukohale, et PPPde teostamisel tuleb tehingu tühisuse osutumise riski vältimiseks, kui PPP-projekt sisaldab riigi suhtes krediidi tunnustele vastava kohustuse tekkimist, PPP läbiviimiseks hankida Riigikogu heakskiit, mille osas sisuline kogemus Eestis puudub.

PPP lepingutest tulenevate varade ja kohustuste kajastamine riigi raamatupidamises on reguleeritud erinevate raamatupidamise eeskirjade ja juhenditega. Vastavalt ERS töötab Raamatupidamise Toimkond sõltumatult välja ERS-i selgitavaid ja täpsustavaid raamatupidamisalaseid juhendeid (RTJ) ning suunab raamatupidamisalast tegevust. Samas sätestab ERS, et Toimkonna juhendid lähtuvad rahvusvahelistest finantsaruandluse standarditest (ERS § 34 lg 1), kuid põhjendatud juhtudel võib juhendis ette näha erisusi rahvusvahelistest finantsaruandluse standarditest (IFRS), nende lihtsustatud rakendamise või rakendamata jätmise kas kõigi või teatud liiki raamatupidamiskohustuslaste suhtes. Riigi raamatupidamise üldeskirja arvestuspõhimõtted, aruannete vormid ja nende esitamise korra riigiraamatupidamiskohustuslastele kehtestab rahandusminister (ERS §35 lg 2).

Lisaks üldeskirjale on PPP-projektide kajastamise seisukohalt eelkõige olulised RTJ 17 teenuste kontsessioonikokkulepped ja RTJ 9 rendiarvestus.

Vastavalt RTJ 17-le on teenuste kontsessioonikokkulepped sellised lepingul tuginevad pikaajalised koostööprojektid avaliku sektori üksuse ja erasektori üksuse vahel, mille kohaselt

erasektori üksus osutab mingit konkreetset varaobjekti kasutades avalikke teenuseid ning (IFRIC 12.5)¹³⁶:

- 1) avaliku sektori üksus kontrollib või reguleerib, milliseid avalikke teenuseid, kellele ja millise hinnaga erasektori üksus osutab; ja
- 2) avaliku sektori üksus omandab lepinguperioodi lõppedes kontrolli infrastruktuuri objekti üle (kas läbi omandiõiguse, soodusostuõiguse või muul moel). üksusele, kes kajastab seda oma bilansis materiaalse põhivarana. Vastava kohustuse suurus avaliku sektori bilansis arvestatakse PPP-lepingu järgsete maksete (ehk valmisolekumaksete) nüüdisväärtuse kaudu.

Juhul kui PPP projekti ei klassifitseerita kontsessiooniks RTJ 17 mõistes, testitakse selle kuulumist, kas kapitali- või kasutusrendi alla RTJ 9 (rendijuhend) järgi. Vastavalt rendijuhendi punktile 12 viitavad alljärgnevad kriteeriumid üldjuhul olukordades, kus põhilised vara omandiga seonduvad riskid ja hüved kanduvad üle rentnikule, mistõttu rendilepingut loetakse kapitalirendiks ja kajastatakse rendilevõtja bilansis:

- 1) Renditava vara omandiõigus läheb rendiperioodi lõpuks üle rentnikule.
- 2) Rentnikul on optioon osta renditavat vara hinna eest, mis on eeldatavasti oluliselt madalam selle vara õiglasest väärtusest optiooni realiseerimise kuupäeval ning rendi jõustumise hetkel on piisavalt kindel, et rentnik seda optiooni kasutab.
- 3) Lepinguperiood katab suure osa (üle 75%) renditava vara majanduslikust elueast, isegi kui omandiõigus ei lähe üle.
- 4) Rendi jõustumise hetkel on rendimaksete miinimumsumma nüüdisväärtus peaaegu sama suur (üle 90%) kui renditava vara õiglane väärtus.
- 5) Renditud vara on niivõrd spetsiifiline, et ainult rentnik saab seda ilma suuremate modifikatsioonideta kasutada, mistõttu on tõenäoline rendilepingu pikendamine nii, et see katab suure osa vara majanduslikust elueast.

Tulenevalt eeltoodust on mitmete küsimuste osas valitsev ebaselgus, eristada tuleb KOVide PPP korraldust riigi omadest. PPP valdkonda reguleerivad mitmed õigusaktid, millede vahel

¹³⁶EFrag. Adopting of IFRIC 12 Service Concession Arrangement. 2007. – Arvutivõrgus:
http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/docs/efrag/20070323_sca_en.pdf

orienteerumine on keeruline. Kuna vahel lihtsalt ei saada aru, et tegemist on PPP-projektiga, siis ei korraldata vajalikku hankemenetlust ega kajastata projekti alati korrektset raamatupidamislikult ning vajalikud riskid jäävad ebaproportsionaalselt tihti avaliku sektori poole kanda. Samuti on PPP lepingud tihti sedavõrd keerulised, mistõttu õige raamatupidamislik kajastamine ja kontroll lihtsalt jäävad väheste kogemuste taha. Autori hinnangul on riiklikul tasemel oluline arvestada, et riigi raamatupidamisreeglite järgi ei ole PPP projektiga seotud kohustust sisuliselt võimalik riigi jaoks bilansiväliseks muuta. Sõltumata sellest, kas leping klassifitseeritakse kapitalirendiks või kontsessioonilepinguks, toimub selle kajastamine riigi majandusaasta aruandes.

4. Avaliku ja erasektori partnerluse kontrollimeetmed ning rikkumistest tulenevad tagajärjed

4.1 Teostatava järelevalve ulatus Eestis

4.1.1 Siseriiklik järelevalve määratlus

PPP projektide üle teostatav siseriiklik järelevalve on tulenev eelkõige RHS-st, mille kohaselt teostab Rahandusministeerium riiklikku järelevalvet riigihangete korraldamise üle ja väärtegade kohtuvälist menetlust seaduses sätestatud korras ja ulatuses. Täiendavalt teostab riigikontrolli seaduse (RKS § 3) kohaselt riigiasutuste, riigiettevõtete ja muude riiklike organisatsioonide majandustegevuse, riigi vara kasutamist ja säilimist, kohalike omavalitsuste valdusse antud riigivara kasutamist ja käsutamist ja nende ettevõtete majandustegevuse, kus riigil on üle poole osakute või aktsiatega määratud häälest või kelle laene või lepinguliste kohustuste täitmist tagab riik, sõltumatut majanduskontrolli Riigikontroll. Riigikontrolli tegevuse eesmärk on vastavalt riigikontrolli seadusele majanduskontrolli kaudu anda Riigikogule ja avalikkusele kindlustunne, et avaliku sektori vahendeid kasutatakse seaduslikult ning tulemuslikult. Riigikontroll on teostanud seni ühe PPP auditi kohalike omavalitsuste tegevuse osas. Kuna keskvalitsuse tasemel ei ole PPP projekt laialdaselt teostatud, siis siiani ei ole ka vastavaid auditeid eraldi teostatud, kuigi valdkonna koordineerimise seisukohast selleks vajadus oleks ilmselgelt olemas. Kohalike omavalitsuste suunal teostatud PPP auditi tulemused oli seejuures väga negatiivsed, mille osas saab põhijäreldustena tuua välja järgmist:¹³⁷

- 1) 14 projektist üheksa puhul ei olnud omavalitsus erapartneri valimisel lähtunud RHS-st. Kümnest ehitustööde kontsessioonist oli riigihankemenetlus korraldatud ainult ühel juhul (Vändra alev). Kõigil kolmel juhul, kui koostöö erapartneriga seisnes teenuste osutamises, oli RHS-st järgitud.
- 2) Kuuest omavalitsusele pikaajalisi rahalisi kohustusi kaasa toonud projektist nelja ei kajastanud omavalitsus kohustusena oma aastaaruandes (sh oli Kuusalu vald enne auditi algust vea finantsarvestuses parandanud). Viia pikaajalisi rahalisi kohustusi kaasa toonud projektid ellu koostöös erasektoriga oli omavalitsus otsustanud enamjaolt seetõttu, et vältida seaduses neile kehtestatud laenupiiranguid. Otsus PPP

¹³⁷ Riigikontrolli aruanne „Avaliku ja erasektori koostöö kohalikes omavalitsustes“ Riigikogule, Tallinnas, 3 aprill 2012. – Arvutivõrgus:
<http://www.riigikontroll.ee/DesktopModules/DigiDetail/FileDownloader.aspx?FileId=11533&AuditId=2235>

kasuks tehakse tavapäraselt siis, kui projekti elluviimiseks ei õnnestu toetust saada ega laenu võtta. Erapartneri valikul oli omavalitsuse jaoks otsustavaks finantsvõimekus, tagaplaanile jäi kompetentsus projektiga seotud valdkonnas. Kuigi PPP- projekti kulukus võrreldes pangalaenuga on omavalitsustele hästi teada, tingib soov ehitamisega võimalikult kiiresti peale hakata otsustamise PPP kasuks.

- 3) Enne PPP kasuks otsustamist ei analüüsitud ühelgi juhul, kas PPP eelistamine teistele koostöövormidele on põhjendatud. Samuti ei tehtud põhjalikke riskihindamisi ega üritatud analüüsida, kas on mõistlik siduda omavalitsus pikaajaliste rahaliste kohustustega tulevaste põlvkondade arvelt. Samas oli mõnel juhul põhjalikult analüüsitud projekti ehituslikku ja majanduslikku osa (Tallinna Loopealse elamud, Vändra Tervisekeskus, Värskas Koidula piiripunkti parkla jt).

PPP korraldamise jaoks olulist strateegilise juhtimisega seotud tulemuslikkust ja PPP projektide otstarbekust seejuures Riigikontroll ei hinnanud, kuna kohalike omavalitsuste autonoomiaga seoses puudub Riigikontrollil selles osas pädevus. Võrreldes Hollandi Riigikontrolliga, siis näiteks valdavalt teostatakse ikkagi PPP auditeid tulemusauditite raames, mille osas vaadatakse PPP tasuvust nn VfM meetodi alusel¹³⁸.

Rahvusvahelisel tasandil on oluline arvestada ka Kõrgeimate Auditiasutuste Rahvusvahelise Organisatsiooni INTOSAI¹³⁹ tegevusega (International Organisation of Supreme Audit Institutions), kuhu kuuluvad 188 riigi kõrgeimad auditiasutused, Euroopa Kontrollikoda ja kolm assotsieerunud liiget. INTOSAI liikmed on samuti antud valdkonna tähtsust mõistnud ning on sellest tingituna kutsunud EUROSAI (Euroopa Kõrgeimate Auditiasutuste Organisatsioon, 1990) raames kokku partnerlusprojektide töörühma ning on töötanud välja mitmeid PPP- projektidega seotud ISSAI auditistandardeid¹⁴⁰, mis toovad välja ka PPP-projektidega seotud riskid ja teostamise head tavad. Näiteks on senise rahvusvahelise auditeerimispraktika tulemusena tuvastatud, kuidas avaliku sektori partner peaks projekti kavandama, et see vastaks avaliku sektori vajadustele. Paraku on ka PPP tulemuslikkuse lõplik hindamine võimalik ainult PPP lepingu lõppemisel, mistõttu täna on ka Eestis PPP tegelikke mõjusid raske hinnata.

¹³⁸ I. Boers, F. Hoek, Cor van Montfort, J. Wieles. PPP: International audit findings. 2010.

¹⁴⁰ ISSAI auditistandardid.- Arvutivõrgus: <http://www.issai.org/composite-347.htm>

4.1.2 EL tasandil rakendatavate kontrollimeetmete tõhusus

Arvestades PPP korraldamise seotust EL riigihankeõigusega, mille osaks on EL toiming lepingust tulenev, siis peab siseriiklik õigus arvestama nende põhimõtetega, kas RHS, kontsessiooniseaduse või eraldi PPP raamseaduse kehtestamisel. Iga liikmesriik peab vastutama oma õigussüsteemis EL õiguse rakendamise eest (rakendusmeetmete õigeaegne vastuvõtmine, rakendamise ühtsus ja nõuetekohasus). Aluslepingute kohaselt vastutab Euroopa Komisjon EL õiguse nõuetekohase kohaldamise tagamise eest. Kui liikmesriik ei järgi ühenduse õigust, on Euroopa Komisjonil EL toimumise lepingu artikli 258 ning EURATOMi asutamislepingu artikli 106a kohaselt volitused püüda rikkumine peatada ning samuti võib ta vajadusel anda juhtumi Euroopa Kohtusse.

Rikkumiseks loetakse ühenduse õigusaktidest tulenevate liikmesriigi kohustuste täitmatajätmist. See võib seisneda nii meetmete võtmises kui ka nende võtmata jätmises. Riigi all peetakse silmas liikmesriiki, kes rikub EL õigust, olenemata sellest, kas selles on süüdi tema kesk-, piirkondlik või kohalik omavalitsus. Rikkumisvastaste meetmete raames algatab Euroopa Komisjon rikkumismenetluse või kohtueelse menetluse. EL kohtu praktika kohaselt on Euroopa Komisjonil õigus algatada rikkumismenetlus ning edastada juhtum kohtusse, samuti on tal õigus otsustada selle üle, millal juhtum kohtusse anda.

Lisaks EL toimumise lepingus sätestatud komisjoni üldistele volitustele on õiguskaitsemeetmete direktiivis¹⁴¹ ja võrgustikega seotud valdkondade hankijatele kohalduvas õiguskaitsemeetmete direktiivis sätestatud erimenetlus, mida komisjon võib kasutada, kui ta leiab, et hankemenetluse ajal on toimunud riigihankeid käsitlevate ühenduse eeskirjade selge ja ilmne rikkumine. Sellisel juhul teavitab komisjon asjaomast liikmesriiki ja riigiasutusest hankijat sellest, miks tema arvates on toimunud rikkumine ja nõuab rikkumise heastamist. Kui komisjon aga rahuldavat vastust ei saa, võib ta algatada hagimenetluse. Seega sisuliselt vastutab Eesti keskvalitsus, et oleks tagatud vajalik regulatsiooni ning selle järgimine sh KOV- de tasandil. Kõik see eeldab valdkonna koordineerimist ning vajaliku täpse regulatsiooni olemasolu.

¹⁴¹ ELT, EP ja Nõukogu direktiiv 2007/66/99/EÜ

Seoses võimaliku majanduse elavdamisega EL-s läbi PPP võimaluste kasutamise, on Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomitee rõhutanud, et läbipaistvuse ja kontrollinõuete järgimise tagamiseks on vaja koostada süsteemne nimekiri PPP partnerlustehingutest ning jälgida nende täitmist riiklikul ja EL tasandil. See ülesanne tuleks koostöös Euroopa Investeeringuspanga ja EPECiga – usaldada mõnele neutraalsele organisatsioonile, kellel ei ole süstemaatilist motivatsiooni PPP-de positiivseks ega negatiivseks hindamiseks, ja seega tuleks see usaldada eksperdirühmale¹⁴².

4.2 Avaliku ja erasektori partnerluse korraldamisega seotud rikkumised ja nende tagajärjed

Rasketeks rikkumisteks saab PPP projektide korraldamise puhul pidada eelkõige EL toimimise lepingu aluspõhimõtetest tulenevaid rikkumisi. Kuna PPP projektide puhul ei ole riigihankeõiguse kohaldamine Eesti näitel kõikidel juhtudel selge, siis saab ka enamjaolt RHS rikkumise korral tugineda aluspõhimõtete rikkumisele, kuna RHS üldpõhimõtted on tuletatud ka EL toimimise lepingu sätetest. Muidugi on siin autori arvates oluline arvestada ka piiriülest mõju, kuid PPP projektid on oma pikaajalisusega ja suure rahalise mahu tõttu üldiselt vastava mõjuga. Isegi Euroopa Kohus on kinnitanud, et kui riigihange ei kuulu riigihankeid käsitlevate EL direktiivide kohaldamisalasse, peab hankija järgima EL toimimise lepingu aluspõhimõtteid (art-d 49 ja 56), eelkõige asutamisevabaduse, teenuste osutamise vabaduse, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtteid.¹⁴³

Seega on oma olemuselt riigihankeõiguse rikkumised seotud EL toimimise lepingu põhimõtetega, kuid EL õiguse ülimuslikkusest tulenevalt on riigihankeõiguse rikkumised oma tähtsuselt teisejärgulised. Samas ei ole aga EL õiguse ebamäärasusest ning siseriikliku õiguse heterogeensusest tingituna antud rikkumiste tuvastamine PPPde puhul alati üheselt määratletav. Juhul kui EL aluspõhimõtteid on rikutud, siis peab huvitatud isikutel olema võimalik saavutada lepingu õigusjõu lõppemine (ineffectiveness). Vastava nõude on sõnastanud ka Euroopa Kohus oma kohtuasjas komisjon vs Saksamaa¹⁴⁴ ning pakkujate tõhusama õiguskaitse eesmärgil konkretiseerib asjakohased reeglid õiguskaitsemeetmete

¹⁴² Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomitee. Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, nõukogule, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning Regioonide Komiteele „Era- ja avaliku sektori investeeringute kasutamine majanduse elavdamiseks ja pikaajalise struktuurimuutuse saavutamiseks: avaliku ja erasektori partnerluse arendamine”. Arvamus. KOM(2009) 615 lõplik. 2010.

¹⁴³ EK 7.12. 2000. C-324/98: Telaustria ja Telefonadress, EKL 2000. 13. 10. 2005. C-458/03: Parking Brixen, EKL 2005, 09.09. 2010. a C-64/08:Ernst Engelmanni.

¹⁴⁴ EK C-503/04. komisjon vs. Saksamaa

direktiiv 2007/66/EÜ¹⁴⁵. Nimetatud direktiivi kohaselt võib hankelepingu kehtetus saabuda liikmesriigi seadusandja valikul, kas edasiulatuvalt (ex nunc) või tagasiulatuvalt (ex tunc).¹⁴⁶ Direktiivi kohaselt tuleks selleks, et võidelda ebaseaduslike otselepingute sõlmimise vastu, mida Euroopa Komisjon on nimetanud riigihankeid käsitlevate ühenduse õigusaktide kõige tõsisemaks rikkumiseks telliva asutuse või ostja poolt, näha ette tõhusad, proportsionaalsed ja hoiatavad karistused. Seetõttu tuleks direktiivi kohaselt tunnistada ebaseaduslikud otselepinguna sõlmitud lepingud põhimõtteliselt tühiseks. Seejuures märgitakse, et tühisus ei peaks olema automaatne, vaid selle peaks kindlaks tegema sõltumatu läbivaatamisasutus või see peaks tulenema sõltumatu läbivaatamisasutuse otsusest¹⁴⁷.

Nagu ka eelpool nimetatud direktiivis on märgitud, siis ei ole hankeleping eeltoodud alustel tühine automaatselt, vaid hankelepingu tühisus peab olema tuvastatud vaidlustuskomisjoni või kohtu poolt. Tänapäevaks on ka Riigikohus esmakordselt jõudnud PPPde osas kohtulahendini¹⁴⁸, mille kohaselt oli kontsessioonilepingud, mis anti 49 aastaks (prügila kogu kasutuseaks), loonud olukorra, mida enam muuta ei saa. Kuna vastav menetlus selleks ei olnud läbipaistev ja huvitatud isikuid ei koheldud võrdselt, siis tuleb sellisel juhul otselepingu sõlmimist pidada oluliseks rikkumiseks, mille mõju kestab lepingu kehtivuse lõpuni ehk 49 aastat. Kolleegium leidis seejuures, et sellisele olulisele rikkumisele peab vastanduma ka tõhus kohtulik õiguskaitsevahend. RHS ei sätesta regulatsiooni, mis näeks ette õigusliku tagajärje olukorra jaoks, kui kontsessiooni andmisel on oluliselt rikutud nii EL toimimise lepingu artikleid kui ka RHS sätteid. Vaatamata sellele jõudis kolleegium ikkagi seisukohale, et kuna otselepingu sõlmimisega rikuti oluliselt EL toimimise lepingut ja RHS, siis Euroopa Kohtu praktika kohaselt ei ole sellise lepingu kehtimajäämine lubatud. Vastasel korral ei ole tagatud, et kohalik omavalitus uue menetluse, mis vastaks nii RHS kui ka EL toimimise lepingu artiklele, läbi viiks, vaid rikkumine jätkuks kogu lepingu kehtivuse jooksul ja tõhusad kohtulikud õiguskaitsevahendid puuduksid. Seega leiti, et on tuvastatud antud kontsessioonilepingu tühisus. Vastavalt Tsiviilseadustiku üldosa seaduse § 87 kohaselt on seadusest tuleneva keeluga vastuolus olev tehing tühine, kui keelu mõtteks on keelu rikkumise korral tuua kaasa tehingu tühisus, eelkõige juhul, kui seaduses on sätestatud, et teatud tagajärg ei tohi saada.¹⁴⁹¹⁵⁰

¹⁴⁵ ELT, EP ja Nõukogu direktiiv 2007/66/99/EÜ

¹⁴⁶ M. A. Simovart. Hankelepingu kehtetus EÜ asutamislepingu aluspõhimõtete rikkumise tõttu.- Juridica II/2011.

¹⁴⁷ ELT, EP ja Nõukogu direktiiv 2007/66/99/EÜ

¹⁴⁸ RK 3-3-1-66-10

¹⁴⁹ RK erikogu 27. 10. 2009. a otsus nr 3-2-1-100-08, p 23

¹⁵⁰ P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn. 2006.

Kokkuvõtvalt saab märkida, et PPP kuna projektid on osaks riigihankeõigusest, siis laieneb vastav siseriiklik järelevalve ka PPPdele. Samuti on PPP ka Riigikontroll teostatava majanduskontrolli objektiks, mille osas on teostatud üks PPP auditi kohalike omavalitsuste suunas. Arvestades, et PPP korraldamisega seondu on osaks EL toimimise lepingust tulenevaga, siis peab siseriiklik õigus arvestama nende põhimõtetega, kas RHS, kontsessiooniseaduse või eraldi PPP raamseaduse kehtestamisel. Iga liikmesriik peab vastutama oma õigussüsteemis EL õiguse rakendamise eest. Rikkumisvastaste meetmete raames algatab Euroopa Komisjon rikkumismenetluse või kohtueelse menetluse. Juhul kui EL aluspõhimõtteid on rikutud, siis peab huvitatud isikutel olema võimalik saavutada lepingu õigusjõu lõppemine. Direktiivi kohaselt tuleks selleks, et võidelda ebaseaduslike otselepingute sõlmimise vastu, mida Euroopa Komisjon on nimetanud riigihankeid käsitlevate ühenduse õigusaktide kõige tõsisemaks rikkumiseks telliva asutuse või ostja poolt, näha ette tõhusad, proportsionaalsed ja hoiatavad karistused. Seetõttu tuleks direktiivi kohaselt tunnistada ebaseaduslikud otselepinguna sõlmitud lepingud põhimõtteliselt tühiseks. Tulenevalt uurimuses käsitletust, siis esineb autori hinnangul Eestis mitmeid riske võimalike rikkumismenetluste alustamiseks. Kuigi EL tasemel on valitsev ebamäärasus, on ikkagi valdav enamus EL liikmesriike riskide maandamiseks korraldanud PPP valdkonnas vajalikku koordineeriva tegevuse, kas ekspertkeskuste loomise, tegevuskavade koostamise või eraldi regulatsiooni kehtestamisega.

Kokkuvõte

Magistritöö eesmärk oli uurida PPP- de korraldamisest lähtuvalt EL riigihankeõiguse arengut ning selle mõju siseriiklikule riigihankeõigusele. EL riigihankeõiguse koosmõjus uuriti EL toimimise lepingu kontekstist lähtuvalt Euroopa Kohtu senist kohtupraktikat, et hinnata seeläbi PPP korraldamise läbipaistvust ja kontrollitavust läbi siseturu konkurentsi edendamise.

Magistritöö tulemusena selgus, et PPP valdkond on nii EL riigihankeõiguses kui ka Eestis tervikuna alareguleeritud, mille tulemusena puudub ka vajalik läbipaistvus. Olukorras, kus enamik EL liikmesriike on erinevalt Eestist pidanud vajalikuks reguleerida PPP-ga seonduvat siseriiklikult, puudub täna EL riigihankeõiguses ühtne praktika. Võimalikult ühtset ja sarnast käsitlust on aidanud seni hoida Euroopa Kohtu senine kohtupraktika, millele uurimuse kirjutamisel paljuski tugineti. Kuna menetlemisel on uus kontsessioonide hankedirektiiv, siis selle jõustumisel laheneks eeldatavasti uurimuses tõstatud probleem osaliselt just kontsessioonide osas. Uurimuse tulemused näitasid, et PPP valdkonnas EL-s tervikuna valitsev ebakorrapärasus avaldab negatiivset mõju riigihankeõigusest tulenevale siseturu toimimisele. Eesti näite kohaselt vajab antud valdkond täiendavat koordineerimist ning reguleerimist, kuna esineb tõsine risk EL toimimise lepingu sätete rikkumiseks, millele viitas ka Riigikontrolli audititulemuste ja Riigikohtu senise kohtupraktika analüüs.

Töö esimeses osas käsitleti PPP olemuse määratlemise all PPP-dega seonduvaid teooriaid, mis võeti aluseks eelkõige õigusteaduslikust seisukohast, jättes kõrvale detailsema avaliku halduse juhtimisega seonduva. Lähtuvalt EL riigihankeõiguse kesksusest uurimuse korraldamisel, on autori hinnangul vajalik ühtne teoreetiline käsitlus, et seeläbi ühildada ka edasine praktika EL riigihankeõiguses tervikuna. Segadust tekitav on olukord, kus osad liikmesriigid käsitlevad PPP mõistet laiemalt ning ei piiritle seda näiteks riigihankeõiguse tähenduses. Mõeldamatu on laiema käsitluse rakendamine, kus sisult saab igasugust koostööd PPP-ks pidada sh erastamist. Seega võttis autor uurimuse tegemisel aluseks üksnes kitsama PPP käsitluse, mis ei ole tervikuna seostav avaliku halduse teoreetilise käsitlusega. Seega lähtuvalt eeltoodust, kus puudub EL riigihankeõiguse keskselt vastav teoreetiline taustasüsteem, seatakse ebamäärase õigusliku seisundi tekitamisega ohtu PPP projektide

tegelikud majanduslikud ja õiguslikud eesmärgid. Parimaks viisiks PPP kontseptsiooni täpsemaks määratlemiseks on selgete seadusandlike algatuste tekitamine.

Kuigi seni EL liikmesriikides kehtestatud PPP või kontsessiooni seaduseid peetakse üksnes juhendavateks ja õpetlikeks, on nende õigusaktide eesmärk selgete ja täiendavate menetluste kehtestamisega vajalik, et tagada ühekülgne ning läbipaistev tegevus. Hetkel valitsev olukord on uurimustöö tulemustest lähtuvalt PPP valdkonnas läbipaistmatu, konkurentsi kahjustav ning EL siseturu kontekstis tõsiseid turutõrkeid tekitav. Oluline on siin vähemalt riigi tasemel määratlada poliitilised eesmärgid, kas tegevuskavana, juhenditena või muude dokumentidena, seda eriti veel olukorras kus puudub vajalik detailne ja selge regulatsioon.

PPP-de korraldamise õigusmajanduslik hindamine ei olnud töö kirjutamisel väga detailselt võimalik, kuna selleks puuduvad hetkel Eestis strateegilised dokumendid, piisav kogemus ning vajalik detailne regulatsioon. Kuigi PPP-sid saab majanduslikult pidada kulukateks (erinevate hinnangut järgi ca 20% kallim) projektideks, on PPP-dega kaasnevad sotsiaalsed nn nähtamatud mõjud märgatavad ning olulised. Nii tagatakse uute koolide, lasteaedade, sotsiaalkorterite ehitamisel parem keskkond elamiseks, töötamiseks, õppimiseks, kasvamiseks, mis koosmõjus inimeste rahuloluga omab olulist efekti ühiskonna ja majanduse kui terviku arengu seisukohast. PPP korraldamisel on vältimatult vajalik tasuvusanalüüside tegemine, mis peaksid olema erinevate juba EL liikmesriikides kasutatavate meetodite vahendusel ka reaalselt rakendatavad. Vastavad kohustused tasuvusanalüüsid tegemiseks peavad tulenema seadusandlusest.

Autori arvates ei ole PPP mingi imerohi, kuid olukorras, kus kapital on sisuliselt turult kadunud ning krediitdivõime nõrk, on see üks võimalik viis majanduse elavdamiseks. PPP aitab kindlasti riigi rolli majanduses suurendada ning võib mõjuda positiivselt riigirahandusele. Lisaks võimaldab PPP EL fondide raha kiiremini ja paremini kasutada ning võimaldab luua uusi töökohti.¹⁵¹ PPP korraldamist on võrdlemisi raske planeerida, ellu viia ja käitada ning see vajab nähtavate tulemuste saavutamiseks pikka aega. Seda olulisem on seetõttu põhjalik eelnev uurimine, kas avalik sektor peaks nõustuma PPP-ga ning kuidas ta seda kujundab. Vajalik oleks keskenduda rohkem protsessile, et juba enne lepingu sõlmimist hinnata kõike mõjusid, kaasates hindamiseks ka sõltumatuid eksperte. Kuna PPP edukus ja tasuvus on paljuski sõltuv PPP lepingust, siis oleks soovitatav töötada selleks välja eraldi PPP

¹⁵¹ P.Ion, Z. Adreea. M. Laura. PPP- solution or victim of the current economic crisis? 2010.

lepingu vormid ja juhendid, mida on teinud ka näiteks Inglismaa.¹⁵² PPP leping on seejuures avalikule sektorile tõhusaks vahendiks, et kontrollida erapartneri tegevust sh motiveerimaks erapartnerit teenuse kvaliteeti hoidma. Nii on ka juba PPP lepingu sõlmimisel oluline kirjutada sisse näiteks võimalikud trahvid, mis oleks otseses seoses teenuste pakkumisega, et tagada seeläbi igakülgne teenuste toimimine¹⁵³. PPP korral peaks olema tagatud see, et riske kannab see pool, kes oskab neid kõige paremini juhtida, ning et erasektori kaasamisega kaasnevaid eeliseid kasutatakse tõhusalt. Ilma selle lähenemisviisita tekib avalikul sektoril oht viia PPP läbi valedel alustel, nagu eelarveseisu lühiajaline parandamine pikaajalise finantsilise kindluse kahjuks.

Kokkuvõtvalt tsiteerib autor ühte Saksa kolleegi, kelle sõnul on „PPP justkui nagu krediitkaart, kuid mingil hetkel tuleb tulevastel põlvedel need kiirlaenud ka kinni maksta“ ehk teisisõnu elatakse PPP-de korraldamisel tulevaste põlvete arvelt. Kuigi autor peab nõustuma eelöelduga, on PPP puhul tegemist innovaatiliste ja sotsiaalset nn nähtamatut lisaväärtust andvate projektidega, kuid see kõik eeldab mõjude hindamist ning detailsete regulatsioonide sh protseduuride olemasolu õigusaktides, et oleks tagatud ka läbipaistvus ja konkurentsi edendamine. Vajaduse selleks tingivad seejuures ka poliitiliste eesmärkidega seonduv, mis sisaldab endas alati riske, milledega võidaks üritada PPP protsesse mõjutada. Juba üksnes asjaolu, et PPP lepingud sõlmitakse ca 30 aastaks, mille jooksul võib väga palju muutuda, peaks olema piisav põhjendus eriregulatsiooni ning strateegiliste dokumentide koostamiseks. Seega tuleks PPP valdkonna koordineerimist alustada vajaliku PPP poliitika raamdokumentide koostamisega, mille tulemusena saaks koostada täpsema PPP tegevuskava. Alles nende vajalike strateegiliste dokumentide koostamise tulemusena saaks minna edasi seadusandlike algatustega, milleks lähitulevikus on autori hinnangul ka ilmselge vajadus olemas.

Käesoleva töö nõutavat mahtu arvestades jäi analüüsimata täpsemalt halduskoostööga seonduv ehk avalike teenuste delegeerimine halduslepingute alusel ning institutsionaliseeritud PPP-ga seonduvat. Autori arvates on antud teemad eraldi käsitletavad ning uurimist vajavad, mille osas saab antud töö olla aluseks vastavasisulise edasiarenduse korraldamiseks.

¹⁵² Dennis and Sandi Jones. A better way build understanding PPP.- Exportwise. Lk 17, 2010.

¹⁵³ T. Rangel and J. Galende. Innovation in PPP: the Spanish case of highway concessions. – Public Money & Management, january. Lk 49. 2010.

Public and Private Partnership on basis of EU procurement paradigm

Rait Sannik

Summary

The public procurement market of the member states must be open for all member states market participants and the member state market participants must have opportunity to compete in the public procurement processes in the other member states. Involvement of the cross border competition in the public procurement market gives to the contractors better options of the procurement quality and price. PPP is a part of the procurements market and procurement law which has to base on the basic EU treaties where are regulated fundamental freedoms and equal treatment, non-discrimination, transparency and competition comes from the main principles.

During the last years in Estonia and throughout the EU, PPP has developed into the many new areas. Mainly the possibilities of the private sector are involved in front of the responsibilities what has to be done by the local authorities. Although on the level of the EU in the field of PPP exists uncertainty, the European Court has confirmed in the determination of PPP, that even if the PPP does not belongs to the relevant EU directive applying area of the procurement, contractor has to follow basic principles of the EU Treaty. The purpose of the master thesis is to evaluate implementation of PPP on the bases of development of the public procurement and it's impact to our internal procurement law. In conjunction with EU procurement law has analyzed the European Court practices in the context of EU functioning treaty thus to assess this transparency and verifiability of the implementation of PPP.

With this thesis was purpose to give an overview and to bring out in the EU dominant dis symmetry in the field of PPP and the resulting negative impact on the market of public procurement law. Taking account particularly Estonia, then the thesis shows very clearly that this area is insufficiently coordinated and under-regulated and therefore there is a risk of the violation of the EU treaty. Here is important at least on the state level define political aims, whether action plan, guideline or some other relevant document and especially in the situation where is lacking required a detailed and clear regulation.

The author's opinion is that PPP's implementation is definitely difficult to plan, implement and run. It takes a lot of time to achieve visible results. Then it is much more important to have previous proper study where necessary to understand, does public sector should agree with PPP and how public sector form it. Without further assess there is a risk that public sector could implement PPP on the wrong basis, such as improving the financial status of short term financial security which could cause long term financial detriment.

Lühendid

EL	Euroopa Liit
PPP	Public and Privet Partnerships /Avaliku ja erasektori koostöö
KOV	Kohalik omavalitsus
INTOSAI	The International Organisation of Supreme Audit Institutions
PFI mudel	Private Finance Initiative
NPM	New Public Managment
PSC	Public Sector Comparator

Kasutatud allikate loetelu

1. A. Kappeler and M. Nemoz. PPP in Europe – before and during the recent financial Crisis. – EIB. Economic and Financial Report . 2010/04.
2. A. Santos Raquel and A. Andrade. Corporate Governance in Public Private Partnerships. - EPPL. 4/2010.
3. A. Stafford, B. Acerete and P. Stapleton. Making concession: political, commercial and regulatory tensions in accounting for European PPPs. - Accounting and Business Reasearch vol 40 no. 5. 2010.
4. A.Purje jt. Avaliku sektori ökonomika. Tallinn: Eesti Haldusjuhtimise Instituut 1998. – Arvutivõrgus: <http://www.riigikantselei.ee/arhiiv/atp/Koolitus/oppematerjal/aseoko.htm>
5. A.R. Vinning, A.E. Boardman. PPP in Canada: Theory and evidence, Canadian Public Administration, vol 51, no 1. 2008.
6. B.W. Caoll. Editors introduction to the special isuse on PPP. Canda Public Administration. Vol 51. No 1. 2008.
7. D. Satish and P. Shah. A study of PPP models. - The Icfai University Press. 2009.
8. D. Schmachtenberg. S. Schenk. PFI/PPP Projects 2007 (Germany). – Global Legal Group. 2007.
9. Dennis and Sandi Jones. A better way build understanding PPP.- Exportwise. 2010.
10. E. Kergandberg jt, Averus: avaliku ja erasektori koostöö. Äripäeva Kirjastus. 2011
11. E. R. Yescombe. Principles of Project Finance. London. 2002.
12. E. Ulst. Avaliku sektori ökonomika. TÜ Kirjastus. 1998.
13. E.Reeves and J. Ryan. Piloting PPP: Expensive Lessons from Ireland`s Schools Sector. – Public Money & Managment. 2007.

14. E.Reeves and J. Ryan. Piloting PPP: Expensive Lessons from Ireland`s Schools Sector. – Public Money & Managment. 2007.
15. EIB. Evalution of PPP projects fanances by the EIP. Evalution Report (Sythesis Report). 2005.
16. EPEC, Market Update. Review of the European PPP market. 2012. - Arvutivõrgus: http://www.eib.org/epec/resources/epec_market_update_h1_2012_en.pdf
17. European Comissions by the European Journalism Centre (EJL). Sisetur, teenuste vabaliikumine. - Arvutivõrgus: <http://www.eu4journalists.eu/index.php/dossiers/estonian/C44/49/>
18. European Commision. ESA 95 manual on government deficit and debt. 2002. – Arvutivõrgus: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_SDDS/Annexes/naga_a_esms_an1.pdf
19. European Commission and European Investment Bank launch European Local Energy Assistance (ELENA) facility. 2009. – Arvutivõrgus: <http://www.eib.org/about/press/2009/2009-255-european-commission-and-european-investment-bank-launch-european-local-energy-assistance-elena-facility.htm>
20. F. Martin Jose M. The EC Public Procurment Rules: A Critical Analysis Clarendon Press. Oxford, 1996.
21. G. M. Winch. Taking Stock of PPP and PFI Around the World. - Manchester Business School. London. 2012.
22. G. M. Winch. Taking Stock of PPP and PFI Around the World. - Manchester Business School. London. 2012.
23. Grimsey, D ja Lewis, M.K. Cheltenham, Edward Elgar. The Economics of Public Private Parnterships. 2004.
24. Grimsey, D., Lewis M. K. Evaluating the Risks of PPP for Infrastructure Projects. - International Journal of Project Managment Volume 20. 2002.
25. I. Boers, F.Hoek, Cor van Montfort, J. Wieles. PPP: International audit findings. 2010.
26. I. Murula. Avaliku ja erasektori partnerlussuhete alase raamseaduse loomise vajalikkus. Bakalaureusetöö. Tartu Ülikool Õigusinstituut. 2006.
27. INTOSAI, Joint Training Event of the EU Contact Committee and EUROSAI Bonn, Germany, 2011.
28. J. Edelenbos and E.-H. Klijn. Project versus process management in PPP: relation between managment style and outcomes. - International Public Managment Journal 12(3). 2009.

29. J. Hood and N. Mcgarvey. Managing the Risks of PPP in Scottish Local Government. - Policy Studies. vol 23. no 1. Lk 26-27. 2002.
30. J. M. Sarmento. Do PPP create Value for Money for the Public Sector? The Portuguese Experience. OESCD. -Journal on Budgeting. vol 2010/1. 2010.
31. J. Startin, A. Baxter and N. Harding. Comparing PPP for highway projects in the USA and the UK/EU: Applying lessons learned. – Journal of Public Works& Infrastructure vol 1 nr 4. 2008.
32. K. Kilvits. TTÜ Majanduspoliitika. TTÜ kirjastus. 2008.
33. M. A. Simovart. Hankelepingu kehtetud EÜ asutamislepingu aluspõhimõtete rikkumise tõttu.- Juridica II/2011
34. M. Lind. Avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerlusprojektid ja hankelepingute üleandmine. Juridica VI/2009
35. M. Murumägi. Avaliku ja erasektori koostöö alused ja korraldus kohalikus omavalitsuses. Magistritöö. Tallinna Tehnikaülikool. 2007.
36. Marguerite fund. The 2020 European Fund for energy, Climate, change & Infrastructure. – Arvutivõrgus: <http://www.margueritefund.eu>
37. MKM. Kaupade vaba liikumine, selgitus. - Arvutivõrgus: <http://www.mkm.ee/kaupade-vaba-liikumine-el-s-2/>
38. N. Awortwi. Getting the Fundamentals wrong: woes of PPP in solid waste collection in three Ghanaian cities. - Public Administration and development, dev. 24, 2004.
39. New South Wales, Auditor- General. Performance audit report. Roads and Traffic Authority of NSW. 2009.
40. P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn. 2006.
41. P. Ion, Z. Adreea. M. Laura. PPP- solution or victim of the current economic crisis? 2010.
42. R. Coase. The Nature of the Firm. 1937.
43. Rahandusministeerium, Riigihangete juhised, 2007. – Arvutivõrgus: www.riigihanked.riik.ee (täiendatud 23.11.2012)
44. Riigikontrolli aruanne „[Avaliku ja erasektori koostöö kohalikes omavalitsustes](http://www.riigikontroll.ee/DesktopModules/DigiDetail/FileDownloader.aspx?FileId=11533&AuditId=2235)“ Riigikogule, Tallinnas, 3 aprill 2012. – Arvutivõrgus: <http://www.riigikontroll.ee/DesktopModules/DigiDetail/FileDownloader.aspx?FileId=11533&AuditId=2235>
45. S. Taylor. Better Service for Taxpayers through PPP. - Cost Engineering vol 49/No 6 June. 2007.

46. SA Poliitikauuringute Keskus Praxis. Kohalike omavalitsuse üksuse avalike teenuste lepinguline delegerimine kodanikeühendustele. Tellija: Siseministeerium, analüüsi lõpparuanne. 2009. – Arvutivõrgus: https://www.siseministeerium.ee/public/SIMDEL_raport.pdf
47. Supreme Audit Institution of Germany. The Audit of PPP, Joint Training Event of the EU Contact Committee and EUROSAI. Gustav- Stresemann- Institut. Bonn. Germany. 2012.
48. T. Bovaird. PPP: from contested concepts to prevalent practice. - International Review of Administrative Sciences, vol 70 (2). 2004.
49. T. Rangel and J. Galende. Innovation in PPP: the Spanish case of highway concessions. – Public Money & Management, january. 2010.
50. T. Tänavsuu, V. Toomet. Koole hakkavad haldama riulifirmad. - Eesti Päevaleht. 2006, - Arvutivõrgus: <http://www.epl.ee/news/eesti/koole-hakkavad-haldama-riulifirmad.d?id=51062721>
51. Tahir M. Nisar. Risk Management in PPP Contracts. - Public Organize Rev 7:1-19. 2007
52. The National Board of Trade. Swedish internal market guide (Rootsi Kaubandusameti juhend 2012).
53. Ü. Madise. Eesti riigikontseptsioon, *New Public Management* ja haldusreform. - Riigikogu Toimetised 2, 2000. - Arvutivõrgus: <http://www.riigikogu.ee/rito/index.php?id=11648>

Kasutatud õigusaktid:

1. B. Weiler. Töödokument. Komisjoni roheline raamat avaliku ja erasektori koostöö ning ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal. Euroopa Parlament. 2009.
2. Eesti Vabariigi Põhiseadus (RT 1992, 26, 349).
3. EL direktiiv 2004/17/EÜ. – Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:06:07:32004L0017:ET:PDF>
4. EL direktiiv 2004/18/EÜ.- Arvutivõrgus: <http://simap.europa.eu/docs/simap/nomenclature/32004l18et.pdf>
5. EL direktiiv 93/37/EÜ.- Arvutivõrgus: http://www.govopps.co.uk/guidance_db_files/guidances/guid_13.pdf
6. ELT, EP ja Nõukogu direktiiv 2007/66/99/EÜ
7. EP ja Nõukogu. 09.07.2008. määrus (EÜ) nr 764/2008, milles sätestatakse menetlused seoses teatavate riiklike tehniliste eeskirjade kohaldamisega teises liikmesriigis

- seaduslikult turustatavate toodete suhtes ja tunnistatakse kehtetuks otsus nr 3052/95/EÜ. ELT L 218/21. 13.08.2008.
8. Euroopa Komisjon. Teatis kontsessioonidega seotud tõlgenduslike küsimuste kohta. - ELT C 121/2, 29.04.2000.
 9. Euroopa Komisjon. Määrus nr 1251/2011,, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ, 2004/18/EÜ ja 2009/81/EÜ seoses riigihankemenetluste suhtes kohaldatavate piirmääradega. 2011.
 10. Euroopa Komisjon. Tõlgendav teatis riigihangete ja kontsessioone reguleeriva ühenduse õiguse kohaldamise institutsionaliseeritud PPP suhtes. C (2007) 6661. Lk 5-6. 2008.
 11. Euroopa majandus- ja sotsiaalkomitee arvamus, mis käsitleb dokumenti "Roheline Raamat avaliku ja erasektori koostöö ning ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal". EL Teataja C 120/103. 2005 COM (2004) 327 final.
 12. Euroopa majandus ja sotsiaalkomitee arvamus, roheline raamat PPP koostöö ning ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal. - ELR C120/103, COM, 2004.
 13. Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomitee. Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, nõukogule, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning Regioonide Komiteele „Era- ja avaliku sektori investeeringute kasutamine majanduse elavdamiseks ja pikaajalise struktuurimuutuse saavutamiseks: avaliku ja erasektori partnerluse arendamine”. Arvamus. KOM(2009) 615 lõplik. 2010.
 14. Euroopa Parlament. Arvamus Euroopa Komisjoni ettepaneku kohta. COM (2000) 285, 10.05.2002.
 15. Euroopa Ühenduste komisjon. Komisjoni teatis EP-le, Nõukogule, Euroopa majandus- ja sotsiaalkomiteele ning regioonide komiteele. Avaliku – ja erasektori partnerluste ja ühenduse õiguse kohta riigihangete ja kontsessioonide alal. Brussels. 15.11.2005. lk 7. COM(2005) 569 final.- Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0569:FIN:et:PDF>
 16. European Commission. Europe 2020. A European strategy for smart, sustainable and inclusive growth. Brussels, 3.3. 2010. COM (2010) 2020. – Arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/COMPLET%20EN%20BARROSO%20%2020007%20-%20Europe%202020%20-%20EN%20version.pdf>
 17. Halduskoostöö seadus (RT I 2003, 20, 117).
 18. Haldusmenetluse seadus (RT I 2007, 15, 76).
 19. Jäätmeseadus (RT I 2004, 9, 52).
 20. Kohaliku omavalitsuse korralduse seadus (RT I, 26.03.2013)
 21. Leedu PPPdega seonduv info. – Arvutivõrgus: http://www.ppp.gov.lv/fetch_1857.html

22. Lāti PPP raamdokument. 2000. - Arvutivõrgus:
http://www.fm.gov.lv/lv/sadalas/ppp/par_ppp/ppp_skaidrojums/
23. Poola PPP raamseadusest. – Arvutivõrgus: <http://www.centrum-ppp.pl/zarząd,2>
24. Riigieelarve seadus (RT I, 14.09.2012.1)
25. Riigihangete seadus (RT I 2007, 15, 76)
26. Riigikontrolli seadus (RT I, 29.12.2012.12)
27. State Authorities (PPP arrangements) Act. 2002. – Arvutivõrgus:
http://ppp.gov.ie/wp/files/documents/legislation/state_authorities_act.pdf
28. Tsiviilseadustiku üldosa seadus (RT I, 06.12.2010.12)
29. ÜRO. UNCITRAL. PPP mudelseadus. New York. 2004.

Kasutatud kohtupraktika:

1. RK HKo 3-3-1-66-10
2. RK 3-3-1-64-03
3. RK 3-3-1-59-05
4. RK 3-2-1-100-08

Euroopa Kohtu kohtulahendid

5. EK 90/70, Säger
6. EK C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda vs. Commissariaat voor de Media
7. EK C-31/87, Beentjes vs. Madalmaade riik
8. EK C-243/89, komisjon vs. Taani
9. K C-275/98 Unitron Scandinavia
10. EK C-503/04. komisjon vs. Saksamaa
11. EK 5. 02.1963. C-26/62, Van Gend & Loos
12. EK 3.06.1964. C-6/64, Costa/ENEL
13. EK 11.07.1974, Dassonville
14. EK 20.02.1979, Cassis de Dijon
15. EK 20.09.88, C-31/87 Beentjes vs. Madalmaade riik
16. EK 22.06.1993, C-243/89, komisjon vs. Taani
17. EK 30.11.1995 C-55/94, Gebhard vs. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano
18. EK 18.11.1999.a. C- 275/98, Unitron Scandinavia
19. EK 7.12. 2000. C-324/98: Telaustria ja Telefonadress,
20. EK 18.10.01, C19/00, SIAC Construction

21. EK 18.10.2001, C-19/00, SIAC Construction
22. EK 03.12.01, C-59/00, Vestergaard
23. EK 30.05.02. C-358/00, Deutsche Bibliothek
24. EK 12.12.2002.a. C-470/99, Universale-Bau jt.
25. EK 13.07.2004.a C-264/03, komisjon vs. Prantsusmaa
26. EK 07.10.2004. a. C-247/02, Sintesi
27. EKL 2000. 13. 10. 2005. C-458/03: Parking Brixen,
28. EK 27.10.2005 C-234/03, Contse jt
29. EK. 10.09.09, C-206/08 Eurawasser
30. EKL 2005, 09.09. 2010. a C-64/08:Ernst Engelmanni

Muud Materjalid

1. A. Peedu, K. Teder. Riigikontroll. Intervjuu protokoll. Rahandusministeeriumi esindajatega kohtumine. 2011.
2. A.Altoa. Memo. PPP korraldamisest ja finantseerimisest. (Riigikontroll). 2011.
3. EFRAG. Adopting of IFRIC 12 Service Concession Arrangment. 2007. – Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/docs/efrag/20070323_sca_en.pdf
4. Euroopa Komisjon. „Dokumendi Ettepanek: EP ja Nõukogu direktiiv kontsessioonide sõlmimise kohta.“ Mõju hindamisest. Kommenteeritud kokkuvõte. 2011.
5. Euroopa Komisjon. Ettepanek: EP ja Nõukogu direktiiv kontsessioonide sõlmimise kohta. Brüssel, 20.12.2011. KOM (2011) 897. – Arvutivõrgus <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/eelnoud>
6. INTOSAI. Suunised avaliku ja erasektori partnerluse riskide auditeerimise parimate tavade kohta. ISSAI rahvusvahelised standardid. 2001. – Arvutivõrgus: www.issai.org
7. ISSAI auditistandardid.- Arvutivõrgus: <http://www.issai.org/composite-347.htm>
8. M. Mihkelson. Kontsessioonid. Rahandusministeerium. Analüüs. 2012.
9. M. Oviir. Arvamus. RHS muutmise seaduse eelnõu kohta. 2011.
10. M. Sahk. Riigikontroll. Memo. Kaitseministeeriumi kohtumine. 2011.
11. PwC. Jägala sõjaväelinnaku rahavõimaluste analüüs (Riigikontroll). 2010.
12. PwC. W263 Kose- Mäo PPP. Projekti mõju erinevate aspektide analüüs (Riigikontroll). Aruanne. 2011.
13. R. Sannik. Riigikontroll. Kinnistusraamatu ja lepingute analüüs. 2011.
14. RHS seletuskiri
15. S. Kirsipuu. Rahandusministeerium. ettekanne PPP- de kohta. 22.05.2012.

16. SEB Pank AS/Innopolis Konsultantsioonid AS. Private Public Partnership (PPP) projektid. kohalike omavalitsuste uuring. 12.2008. – Arvutivõrgus: http://www.innopolis.ee/UserFiles/Uuringud/SEB_uuring_ppp.pdf
17. T.Milt. H. Virronen. Intervjuu protokoll. Viimsi vallavalitsus. OÜ Viimsi Haldus. (Riigikontroll) 20.05.2011.
18. VV istungi materjalid. A.Sõerd. Erasektori investeeringute kasutamist reguleerivate õigusaktide ülevaade ning täiendamise ja koordineerimisvajaduse analüüs. Memorandum (Riigikontroll). 2006.

Tabel 1. Lähtuvalt seni korraldatud PPP projektidest¹⁵⁴ ja teostatud uuringutest¹⁵⁵ võib töö autori arvates PPP määratlemisel eristada järgmiseid olulisi tunnuseid:

Kriteeriumid	Märkused
Erapartner osutab KOViga või riigiga sõlmitud lepingu alusel avalikkusele teenust (eid):	Oluline on partnerlussuhte olemasolu ja sellest tulenev ühine eesmärk.
Partnerlusleping on alati pikaajaline - mõnest aastast kuni mitmekümne aastani.	Hõlmab endas projekti eri aspekte ja etappe – lepingu globaalsus (projekteerimine, rakendamine, finantseerimine).
Kasutatakse erasektori eriteadmisi-, kogemusi, know-howd (kompetentsi). Vastastikuse kasu eesmärk.	Erapartner on projekti teostajaja ning avalik partner keskendub eesmärkidele ja nende täitmisele/ kontrollimisele (kvaliteedi, hinna jms). Erasektoris valitseb konkurents, mis paneb rohkem pingutama.
Projekti finantseerimise allikaks on lisaks avalikule sektorile ka erasektor.	Erasektor võtab vastutuse tehtud töö kvaliteedi ja pikaajalise säilimise eest. Kuna avalik sektor teeb makseid perioodiliselt, siis kehva töö korral makset ei laeku.
Riskid on avaliku ja erasektori vahel jaotatud vastavalt võimekusele. Eesmärk optimeerida riske, mitte ühte poolt liiga palju koormata.	Peaks olema tagatud, et riske kannab see pool, kes oskab neid kõige paremini juhtida. Toimub vastutuse üleandmine riigiasutuselt erapartnerile.

¹⁵⁴ R. Sannik. Riigikontroll. Kinnistusraamatu ja lepingute analüüs. 2011.

¹⁵⁵ SEB Pank AS/Innopolis Konsultantsioonid AS. Private Public Partnership (PPP) projektid. kohalike omavalitsuste uuring. 12.2008. – Arvutivõrgus:
http://www.innopolis.ee/UserFiles/Uuringud/SEB_uuring_ppp.pdf

Tabel 2. Arvestades EL-s seni teostatud PPP-sid võib eristada järgmiseid PPP erivorme¹⁵⁶:

Termin	Seletus
BOOT (Build-own-operate-transfer)	Ehita-oma-opereeri-edasta. Sellist tüüpi lepingud, kus erasektori partnerid kindlaks-määratud perioodi jooksul ehitavad, omavad ja opereerivad objekti ja perioodi lõppedes annavad selle avaliku sektori partnerile üle.
BOT (build-operate-transfer)	Ehita-opereeri-edasta. Sellist tüüpi lepingud, kus objekti omanine erasektori poolt ei ole otstarbekas ja sellest tingitult varade omandiõigus jääb kogu projekti ajaks avaliku sektori kätte. On nimetatud ka frantsiisi mudeliks, kuna avalik sektor tasub erasektori poolt ehitatud ja finantseeritud objekti eest regulaarsete osamaksetena. Sellise mudeli puhul moodustab erainvestor ühisettevõtte (joint-venture) ja võtab kohustuse tagada ettenähtud projekti finantseerimise ja realiseerumise. Kasutatakse nt kiirteede aga ka raudteede ehitamisel.
BTO (build-transfer-operate)	Ehita-edasta-opereeri. Sellist tüüpi lepingud, mis erinevad eelnevast selletõttu, et avalik sektor saab omandiõiguse alles pärast objekti ehituse lõppu. Nimetatakse ka liisimise mudeliks, mille kasutamisel objekti varad finantseeritakse selle projekti raames tavaliselt 20% ulatuses piiratud ühisinvesteeringuna partnerite vahenditest ning puudujääv laenuna finantsturgudelt.
BOO (build-own-operate)	Ehita-oma-opereeri. Sellist tüüpi lepingud, mille tulemusel omandiõigus jääb erasektorile. Nimetatakse ka käitaja mudeliks, eesmärgiga leevendada avaliku sektori eelarvete ülekoormatust andes projektiga seotud kulutused erasektori kanda ning avalikule sektorile jääb ülesandeks vastavad kulutused hiljem kokkulepitud mahu tasuda. Antud partnerlus on pikaajaline (20-30 aastat). See nõuab tugevat partneritevahelist finantsilist seotust.

¹⁵⁶ E. R. Yescombe. Principles of Project Finance. London. 2002.

Tabel 3. PPP projektide tüüpriskid ja nende paigutus vastutuse alusel¹⁵⁷:

Riski kategooria	Näited	Partner, kes tõenäoliselt on sobivaim riski kandma
Tehniline risk	projekteerimisvead	Erasektor
Ehitusalane risk	maksumuse eskalatsioon tulenevalt valede tehnikate kasutamisest või viivitustest	Erasektor
Käitamise risk	kulukad toimingud ja nende ülalpidamine	Erasektor
Tulude risk	Ebaküllaldane tulu tulenevalt osutatud teenuse vähesest hulgast või madalast hinnast	erasektor / avalik sektor
Finantsrisk	kulutused ebapiisava tulususe kaitseks, võlgade juhtimine	Erasektor
Vääramatud jõud (Force majeure)	kahjud tulenevalt loodusest, sõdadest vms	erasektor / avalik sektor
Korralduslik /poliitiline risk	muudatused seadustes või poliitikas, mis kahjustavad projekti rahastamist	avalik sektor
Keskkonna-riskid	Kahju tulenevalt ebasoodsatest keskkonnamõjudest või kohustustest	Erasektor
Projekti mitte-teostumine	projekti ebaõnnestumine tulenevalt ülaltoodud näidetest, nende kombinatsioonidest või teisestest faktoritest	erasektor / avalik sektor

¹⁵⁷ Grimsey, D., Lewis M. K. Evaluating the Risks of PPP for Infrastructure Projects. - International Journal of Project Management Volume 20. 2002.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina

Rait Sannik

(autori nimi)

(isikukood: 38105230014)

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

(lõputöö pealkiri)

mille juhendaja on _____,

(juhendaja nimi)

- 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
- 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, _____ *(kuupäev)*

(allkiri)